J. germ.
202

<36631000190018

<36631000190018

Bayer. Staatsbibliothek

R1

J. germ. 202

D. Wilh. Gottl. Tafinger,
ausserordentlicher Lehrer der Rechte
zu Tübingen

Ueber
die Bestimmung
des Begrifs der Analogie
des
Teutschen
Privatrechts
und
der Grundsäze,
dasselbe zu bearbeiten.

Erster Theil.

Ulm,
bei Johann Konrad Wohler.
1787.

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

Vorrede.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Ich lege hiermit die Resultate meines Nachdenkens über die Art, das Teutsche Privatrecht zu bearbeiten, und, welches unzertrennlich damit verbunden ist, über die Bestimmung der ersten Begriffe, was Teutsches Privatrecht, und was Analogie des Teutschen Privatrechts sey? dem Publikum vor. Der nemliche Gegenstand beschäftigte mich schon in meiner im November vorigen Jahrs vertheidigten inaugural Dissertation de methodo juris privati Germanici, wo ich die Grundsäze der Bearbeitung einzelner Materien festzusezen versuchte, und gewisse Begriffe voraussezte, deren nähere Bestimmung ich jedoch bey jener Arbeit sehr häufig nothwendig fand. Ob ich dieses nun durch gegenwärtige, gänzlich veränder-

te, Umarbeitung jener Abhandlung, den Bedürfnissen des Gegenstandes gemäs, geleistet habe, darüber wünsche ich die Belehrung einsichtsvollerer Männer um so angelegentlicher, je zuverläsiger es ist, daß bey der wahren Beschaffenheit unseres Teutschen Privatrechts nichts nothwendiger seyn kann, als genaue, von eben dieser Beschaffenheit abgeleitete, Bestimmung der ersten Begriffe und Grundsäze der Bearbeitung der noch immer in zweifelhafter Existenz sich befindenden Wissenschaft des Teutschen Privatrechts. Denn so lange man sich nicht über diese ersten Geseze der Untersuchung vereiniget, so lange werden die ungleichsten Resultate bey den verschiedenen Bearbeitungen einzelner Teutschen Rechtslehren hervorkommen.

Der zweyte Theil dieser Abhandlung wird ohne allen Zweifel bis künftige Ostern nachfolgen. Tübingen, im August 1787.

Inn-

Innhalt.

I) Allgemeine Betrachtungen über die Beschaffenheit des Teutschen Privatrechts (§. 1 — 3.)

a) über das Verhältnis desselben,

1) zum Canonischen (§. 4.) und dessen Bestimmung.

2) zum Römischen Recht. (§. 5 — 7.)

b) über die Fälle, wodurch die Aufstellung eines allgemeinen Teutschen Privatrechts nothwendig wird. (§. 9 — 11.)

II) Was ist nun aber für ein allgemeines Teutsches Privatrecht? und wie ist dasselbe zu bearbeiten? diese Fragen beantworten sich

A) aus der histor. Darstellung der Hauptvorstellungsarten über den Begrif und die Methode des Teutschen Rechts.

1) Bearbeitung im Ganzen

a) wissenschaftliche vor Ge. Beyer (§. 12 — 16.)

b) systematische Bearbeitung (§. 17.) seit Bayern bis auf

c) Pütter und von Selchov.

} häufige Gleichstellung altteutscher Rechte mit neueren.

1) ihr Grundsaz eines heutigen Teutschen Privatrechts (§. 19.)

2) ihre Verschiedenheit in Behauptung

a) eines blos analogischen Teutschen Privatrechts (§. 20.) und

b) eines juris german. universalis in thesi.

2) Erörterung einzelner Abhandlungen (§. 23 - 27.)
3) Prüfung des von Fischer behaupteten ehemaligen und heutigen gesezlichen Ansehens der altteutschen Rechtssammlungen (§. 28 — 33.).

B) Resultate dieser histor. Darstellung. I) Beweis, daß kein anderes allgemeines Teutsches Privatrecht, als ein analogisches möglich sey? (§. 34 — 38.).

II) Nähere Vorbereitung zur Bestimmung des Begrifs dieser Analogie des Teutschen Privatrechts.

a) Prüfung der Rudloffschen Vorstellungsart. (§. 39.)
b) Folge aus dieser Prüfung, daß der Begrif dieser Teutschen Privatrechtsanalogie nicht aus dem allgemeinen Begrif der Rechtsanalogie abzuleiten, und mehr ein willkührlich gewählter Name sey. (§. 40 — 43.
c) Untersuchung der bey Aufstellung einer solchen allgemeinen Theorie vorkommenden Schwierigkeiten

1) im Allgemeinen (§. 44.)
2) besonders in Rücksicht auf das mannigfaltige Verhältnis des Römischen und Teutschen Rechts. (§. 45 — 48.)

III) Bestimmung des Begrifs der Analogie des Teutschen Privatrechts. (§. 49 — 51.)

§. I.

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

§. 1.

Kein Theil unserer Rechtswissenschaft in Teutschland hat das Schicksal gehabt, so lange vernachläsiget zu werden, als das Teutsche Privatrecht. Alle andere Gesezgebungen, auf welchen die übrigen Haupttheile derselben beruhen, hatten das vorzügliche Glück, daß ihre Erweiterung und Ausbildung durch wissenschaftliche Bearbeitung befördert wurden, wenn auch schon diese nicht bey allen gleich vortreflich, wie bey dem Römischen Recht, sondern dem Geschmack des jedesmaligen Zeitalters angemessen war. Das Canonische und das Longobardische Lehenrecht bildeten sich zwar nicht unter so günstigen Umständen und mit

so glücklichem Erfolg, wie die jurisprudentia media der Römer, doch behaupteten beyde in ihrer weiteren Ausbildung, deren Fortschritte insbesondere beym Canonischen Recht die verschiedenen, seit Gratians Dekret hinzugekommenen, Gesezsammlungen bezeichnen, eine gewisse Einheit der Grundsäze, die der sicherste Beweis von dem innern Zusammenhang ihres Systems war. Auch die Staatsverfassung Teutschlands erhielt ihre ganze neuere Form wenigstens erst zu einer Zeit, wo man schon angefangen hatte, die Grundsäze des Staatsrechts wissenschaftlich zu bearbeiten. Nur allein das Teutsche Privatrecht entwickelte sich nach dem Verhältnis der zufälligen Fortschritte der Privatverfassung in Teutschland, deren häufige lokale Verschiedenheit eine auffallende Ungleichförmigkeit in den Gang dieser Entwicklung brachte: öfters aber auch unter dem Einfluß der fremden Rechte und besonders des Römischen, dem es wenigstens Erweiterung und vollständigere Bestimmung vieler Rechtsmaterien, obschon

nicht immer aus den passendsten analogischen Grundsäzen, zu danken hat a).

§. 2.

Beweise für diese beyden Bemerkungen enthält die ganze Geschichte des Teutschen Rechts, und sogar die ganze heutige Gestalt der Teutschen Privatgesezgebung. Das Alterthum Teutschlands sowohl als die Geschichte seines Mittelalters bestätigen den Saz,

a) cf. ENGELBRECHT de fatis Jurisprudentiæ Justitiæque administrationis in Germania. Helmst. 1720. 4. CHRISTOPH. LUDOV. KOCH de fatis studii juris privati, ejusque culta ratione apud Germanos. Gissæ, 1746. 4. JOH. HEINR. BOCRIS in comment. de Germania jurisprudentia sua domestica nunquam destituta, Bamberg. 1749. 4. enthält verschiedene Beweise des Sazes, den seit Conring niemand mehr, und auch vor demselben kein Kenner der Teutschen Geschichte geläugnet hat, daß in Teutschland von jeher eigenthümliche Rechte und Gewohnheiten gegolten hätten.

Saz, dessen Folgen sich bis auf die neueste Zeiten in der Teutschen Rechtsverfassung erhielten, daß das Teutsche Privatrecht im Ganzen nie allgemeine, durch ganz Teutschland auf gleiche Weise sich verbreitende, Fortschritte gethan habe, sondern daß beynahe alles, was auf Privatverfassung sich bezog, nach lokalen Bedürfnissen, öfters auch durch Zufall, bestimmt worden seye, ohne Rücksicht, wie es in andern Gegenden gehalten werden möchte. Jedes von den Hauptvölkern, aus welchen der Teutsche Staat sich bildete, hatte seine eigenthümlichen Geseze und Gewohnheiten; und auch in der Folge, da sich der Unterschied unter den verschiedenen Hauptvölkern, besonders des südlichen Teutschlands, durch häufigere Communication allmählich verlohr, kam keine Einförmigkeit in das Teutsche Privatrecht. Jede Gegend, jedes Gericht hatte seine besonders hergebrachte Rechtsgewohnheiten b), die durch mancherley zufällige Ur-

b) cf. Strubens Nebenstunden I. Th. S. 515.

Ursachen entstunden, sich mehr oder weniger ausbreiteten, je nachdem gerade ein solches Institut in diesem oder jenem Ort, oder Gegend, günstige oder ungünstige Umstände zu seiner Aufnahme fand c). Selbst in neuern Zeiten, da die Teutsche Reichsgesezgebung Rükſicht auf das Privatrecht nahm, geschahen dennoch keine hauptsächliche Veränderungen in demselben; es waren mehr einzelne Bestimmungen besonderer Rechts-

S. 515. II. Th. S. 463. III. Th. S. 52. V. Th. S. 457. Herr Canzler von Selchow in den Elementis juris germanici privati hodierni, §. 8.

c) Beweise dieses Sazes gibt z. B. die Geschichte der Entstehung der verschiedenen Succeßionsarten unter Ehleuten, welche PESTEL in disquis. juris Germ. de successione inter conjuges ab intestato. Rinteln 1754. 4. mit äusserst vielem Scharfsinn und Gelehrsamkeit auseinander gesezt hat; und eben so die Geschichte der Bildung und Ausbreitung der meisten Institute des Teutschen Privatrechts.

Rechtsmaterien, wodurch die Beschaffenheit des Teutschen Privatrechts im Ganzen nicht verändert werden konnte. Es blieb nach wie vor, wie es sich bisher mit demselben in einzelnen Provinzen verhalten hatte; die meisten Säze desselben beruhten auf besonderen statutarischen Verordnungen und Rechtsgewohnheiten, die nach der Verschiedenheit oder Uebereinkunft der Verfassung einzelner Länder, Städte oder Districte mehr oder weniger miteinander übereinstimmten d).

§. 3.

d) Man vergleiche die Zusammenstellung aller dieser, auf das Teutsche Privatrecht sich beziehenden, Verordnungen allgemeiner Reichsgeseze bey **Mylius** de genuino Juris Germanici universalis hodierni privati civilis conceptu, mediisque illud meliorem in ordinem redigendi. Leipz. 1751. 4. §. 11., und man wird die Bemerkung bestätiget finden, daß keine einzige Teutsche Rechtsmaterie vollständig durch allgemeine Reichsgeseze bestimmt worden.

§. 3.

Das Einzige, worinn man bey dem Anblick der ganzen heutigen Gestalt des Teutschen Privatrechts ähnliche Fortschritte im allgemeinen wahrnehmen kann, ist die Einmischung der fremden, und besonders der Römischen Rechte. Es ist auffallend, wie beynahe keine Lehre des Teutschen Privatrechts von Zumischung Römischer Rechtssäze e) rein geblieben ist, öfters durch unrich-

e) Ich glaube einstweilen diesen Saz voraussezen zu dörfen, den die ganze heutige Praxis sowohl, als der Innhalt der allgemeinen Reichsgeseze, welche sich auf Teutsche Privatrechtsmaterien beziehen, und eben so sehr der statutarischen Geseze bestätiget. Davon ist auch wohl bey keinem Germanisten die Frage, wie die ganze Verfassung des Teutschen Privatrechts besser beschaffen seyn könnte, sondern, wenn er auf das Verdienst practischer Brauchbarkeit Ansprache machen will, blos allein von diesem: welche Prinzipien in der Praxis täglich anwendbar seyen?

richtig aufgefaßte Analogien zwischen Römischen und Teutschen Rechtsmaterien, öfters aber auch durch Einschiebung und Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsäze, welchen ihre einleuchtende innere Wahrheit und Brauchbarkeit, nicht blos das Ansehen ihres Ursprungs, Eingang verschafte. Allein so sichtbar diese Einmischung Römischer Rechtsprinzipien in die einzelnen Lehren des Teutschen Privatrechts im Allgemeinen erscheint, so ist doch die Frage gerade bey der Bearbeitung der einzelnen Teutschen Rechtsmaterien äusserst schwierig: welches die eigentliche Form eines jeden Teutschen Rechtsinstituts seye, welches die ächten Prinzipien, und wie weit bey jeder einzelnen Materie Grundsäze und Begriffe des Römischen Rechts ins Wesentliche derselben verwebt seyen? Und selbst mit der Entscheidung dieses Puncts ist noch nicht aller Zweifel gehoben, da seit dem Aufleben des Teutschen Privatrechtsstudiums und noch in neueren Zeiten mehrere Schriftsteller so weit gegangen sind, dem eigentlich Teutschen Recht

den hohen Vorzug einzuräumen, daß selbst die ältern Teutschen Rechtsbücher, z. B. der Sachsen- und Schwabenspiegel, oder das Kayserrecht noch heutiges Tags rechtlichen, nicht blos historischen und doctrinellen Gebrauch hätten, die doch offenbar einen ganz verschiedenen Zustand der Verfassung und Cultur in Teutschland voraussezten, und von denen selbst noch nicht mit historischer Genauigkeit erwiesen ist, daß sie je zu ihrer eigenen, oder der darauf folgenden Zeit dieses Ansehen wirklicher, allgemeiner Gesezbücher gehabt hätten f)!

§. 4.

f) Est hæc abusiva legum æstimatio vere *juridica superstitio*, qua quis legem metuit, quum nulla existit, aut majorem, quam legis alicujus ob vetustatem fert indoles, auctoritatem ei tribuit. In eo enim consistit cultus, qui juri germanico tribuitur, perversus. Qui fallor, aut a spuria causa, non a *veritatis* studio provenit. Enimvero plerosque incitat studium inclarescendi & *novitatis*, nec non *gloriolæ* captandæ desi-

 derium,

§. 4.

Der Einflus des Canonischen Rechts und der lange Zeit damit in einem System verbunden gewesenen religiösen Grundsäze, die durch die Clerisey verbreitet wurden, konnte nach dem ganzen Umfang desselben nicht so allgemein auf alle Theile des Privatrechts seyn. Er war auch weit unmerklicher, als jene Verbreitung des Römischen Rechts,

derium, cum quo conjunctum semper est tædium rerum, quæ *vulgares* audiunt, ut nimis prætenso juri *Germanico* locum faciant, bonum factum se suscepisse rati, si hac arte omnia instituta peregrina pessumdare possunt. Alios *tædium* juris peregrini, alios iterum crassa *ignorantia* agitat, qua quod ultra captum, non meliori specie rejicere se posse vident, quam si jure germanico *aliud* obtinere, excipiendi occasionem habent. So urtheilte Joh. Sam. **Böhmer** in schediasm. de præjudicio juris Germanici in causis privatis, 1754. 4. §. 2., und fast möchte man glauben, dieses Urtheil möchte manches, noch heutiges Tags treffende, Wahre enthalten!

Rechts, und wirkte auf die Bestimmung mancher Ideen des Teutschen Rechts so allmählich, daß es nicht selten schwer wird, in den Monumenten unseres vaterländischen Rechts Canonisches von ursprünglich Teutschem Recht zu unterscheiden, da zumalen diese Einwirkung, öfters mit verschiedenen andern Ursachen verbunden, gewisse Veränderungen in einzelnen Materien des Teutschen Privatrechts hervorbrachte. Wenn z. E. der alte Grundsaz von der Untheilbarkeit der Allodien zu Gunsten der weiblichen Erbfolge nach und nach verlassen wurde, so konnte dieses theils durch veränderte häusliche Verfassung, z. B. vermittelst eingeführter Gütergemeinschaft unter den Ehleuten, theils durch die von dem Clerus zuerst veranlaste Vorstellung von der Veräusserlichkeit der Allodien zum Besten der Kirchen, und durch Verbreitung der religiösen Idee von einem gleichen Erbrecht aller Kinder g), also

g) Diuturna sed impia inter nos consuetudo tene-

also auch der Töchter bewirkt werden h). So wenig nun diese Einwirkung der ältern geistlichen Rechte auf manche Ideen der Teut-

tenetur, ut de terra paterna ſorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem, ſicut mihi a Deo æqualiter donati eſtis filii, ita ut a me ſitis æqualiter diligendi, ut de rebus meis poſt meum diſceſſum æqualiter gaudeatis. MARCULF. form. lib. 2. cap. 12.

h) Daß dieser Scheingrund mittelbar wiederum von sehr grossem Vortheil für den Clerus gewesen, beweisen die Codices traditionum der Kirchen und Klöster, welche eine so grosse Menge Schenkungen von Frauenzimmern enthalten, daß sie nicht von lauter Erbtöchtern herrühren können. Diese ganze Bemerkung hat zur Beleuchtung der Erbfolgsgeschichte der Töchter vortreflich benuzt Herr Prof. **Fischer** in der Geschichte der Teutschen Erbfolge 1. B. S. 210. u. f. Vergl. **Gilbert Stuarts** Abris des gesellschaftlichen Zustands in Europa in seinem Fortgang von Rohigkeit zu Verfeinerung. a. d. Engl. Leipz. 1779. 8. S. 31. f.

Teutschen Gesezgebung bestritten werden kann, so bleibt doch soviel gewis, daß das Canonische Recht zu der Zeit, da es von der Theologie getrennt, als ein eigenes gesezliches System aufgeführt wurde, und von den geistlichen auch in die weltliche Gerichtshöfe eindrang, nach seinem ganzen Umfang und Inhalt nicht in die Collision kommen konnte, in der das Römische Recht in der Folge mit den altteutschen Rechtsgewohnheiten sich befand. Es sezte rezipirte Begriffe des Zeitalters voraus, umfaste sogar öfters solche Gegenstände, auf deren Bestimmung es mitgewirkt hatte, als eigentliches Rechtssystem nicht mehr, wie z. E. die Lehre von der Erbfolge, oder es wurde für andere Materien die vorzügliche Erkenntnis- und Entscheidungsquelle, die sich auf dasselbe als ihren Mittelpunct bezogen, wie z. B. die ganze Lehre von der Kirchenverfassung, von den dadurch bestimmten Privat-Verhältnissen des Clerus, von der Ehe u. s. w. oder es modificirte Grundsäze des Römischen Rechts, von

dem

dem es viele seiner ersten Bestandtheile erhalten hatte, und dessen Aufnahme es auf der andern Seite in Teutschland sehr wirksam beförderte, wie z. B. die Lehre von der Verjährung, und besonders vom Prozeß, dem es eine von dem Altteutschen ganz verschiedene Gestalt gab. Wenn also schon in der Geschichte der Entstehung und Ausbildung mancher Ideen des Teutschen Privatrechts der Einflus Canonischer Grundsäze von Wichtigkeit war, so blieb er dennoch weit eingeschränkter, als bey dem Römischen Recht, oder die Grundsäze des Canonischen Rechts gaben der ganzen Verfassung, auf die sie sich bezogen, eine bestimmtere Richtung, wodurch das Verhältnis desselben gegen das eigentlich Teutsche Privatrecht, das wieder seine eigene Gegenstände hatte, oder die nemlichen Gegenstände in einer ganz andern Beziehung behandelte i), auf sicherere Gränzen zurückgeführt

i) Wie z. E. manche Theile der ehlichen Verfassung, die sich nicht auf den Gesichts-

führt wurde, als die wechselsweise veränderliche Beziehung Römischer und Teutscher Rechte gegeneinander k).

§. 5.

Wichtiger für unsere gegenwärtige Absicht ist die Untersuchung der verschiedenen Beziehungen, worinn das Römische Recht gegen unser Teutsches Privatrecht steht. Nicht nur die Frage ist streitig, welche Grundsäze in dem heutigen Teutschen Privatrecht anzunehmen seyen, ob diejenige in das System desselben gehören, welche durch Vermischung Römischer und Teutscher Rechte

sichtspunct beziehen, aus dem das Canonische Recht die Ehe behandelt.

k) Ueber dieses Verhältnis des Canonischen zum Teutschen Recht S. Joh. Gottl. Heineccii antiquitates Germanicæ jurisprudentiam patriam illustrantes, in quibus jurium etiamnum in Germania receptorum origines ex genuinis fontibus derivantur. Hafn. & Lips. 1772. 8. Tom. I. p. 623. seqq.

te entstanden sind, oder ob altteutsche Rechts-prinzipien und die ältere Form der Rechts-institute, welche ihnen vor der Zumischung fremder Rechte eigen war, vorzuziehen seyen? Sondern es treten sogar, wenn der Grundsaz von dem heutigen Gerichtsgebrauch des mittleren und altteutschen Rechts als erwiesen vorausgesezt wird, solche neue Schwierigkeiten ein, die eine beständige Collision Römischer und altteutscher Rechte verursachen. Es ist wahr, bey vielen altteutschen Rechtsgewohnheiten ist die Anwendbarkeit nach der heutigen Verfassung ganz unmöglich, so wie im Gegensaz auch die unmittelbare Brauchbarkeit mancher Materien des Römischen Rechts hinwegfällt, es mag auch noch so ungestört im Besiz seines Ansehens bleiben; dis geben beyde, die Vertheidiger des altteutschen so wohl, als des Römischen Rechts zu 1)! Aber wo

1) Das wichtigste, was über diese verschiedene Meinungen von den älteren Rechtsgelehr-

wo liegt denn nun die Gränze zwischen demjenigen, was von dem Altteutschen und was von dem Römischen Recht anwendbar seyn möchte, oder nicht? Sind nicht selbst solche altteutsche Rechtsbräuche, nicht nur durch den mittelbaren Einflus des Römischen Rechts auf Veränderung der Verfassung und Cultur, sondern auch durch unmittelbare Einmischung desselben in das Teutsche Privatrecht veraltet geworden? Und zeigt uns nicht die Geschichte der einzelnen

gelehrten zu der Zeit gesagt worden, da die wissenschaftliche Existenz des Teutschen Privatrechts anfieng, wo also diese Frage am meisten zur Sprache kommen muste, ist mit ausnehmender Gelehrsamkeit gesammelt von ERN. JOACH. WESTPHAL in Exerc. de juris Romani indole & obligandi diversa ratione ac dignitate in foris apud Romanos & Germanos, in qua Juris Romani & Germanici dissonantis rationes & usus curate exponuntur, &c. Rostoch. & Lips. 1726. 4. §. 3 — 10.

zelnen Teutschen Rechtsmaterien Beyspiele solcher Institute, die aus Zusammensezung Teutscher und Römischer Begriffe ursprünglich entstanden sind m), bey welchen demnach Römische Rechtsgrundsäze nicht mehr verbannt werden können, wenn die Sache selbst ihrem Wesen nach beybehalten werden soll?

§. 6.

Bey dieser Beschaffenheit des Teutschen Privatrechts und dem Verhältnis desselben zu

m) Daß dis z. B. der Ursprung der Einkindschaft seye, bezeugen die ältesten Einkindschaftsformeln, die ältern Statuten, und viele alte Rechtslehrer und Practiker, die als historische Zeugen von der ihnen fast gleichzeitigen Entstehung und Bildung dieses Rechtsinstituts von vielem Gewicht sind, z. E. RICK AB ARWEILER de unione prolium, cap. 3. ANDR. GAIL lib. II. obs. 125. Consilia Marburgensia Vol. I. cons. VIII. n. 2. u. a. m. S. meine Abh. über die Lehre von der Einkindschaft, Nürnb. 1785. 8. I. Abschn. I. Cap. bes. §. 17. 18.

zu dem Römischen würde es gewis von nicht geringer Erheblichkeit seyn, wenn man ein Prinzipium aufstellen könnte, wo-durch diese Verwirrung, wo nicht gehoben, doch wenigstens vermindert würde. Allein so lange man nicht einmal darüber einig ist, was denn eigentlich zum Wesentlichen des Teutschen Rechts gehöre, ob Teutsches Recht blos dasjenige sey, welches ohne Zu-mischung fremder Rechte geblieben, oder ob Teutsche, durch Römische modifizirte, Rechtsgrundsäze dennoch diesen Nahmen und das damit verbundene Ansehen ver-dienen, so wird auch dieses Prinzipium un-erörtert bleiben. So gros nun aber auch diese Hindernisse sind, die der Bearbeitung des Teutschen Privatrechts entgegen stehen, eben so erheblich, wo nicht grösser sind noch diejenigen Schwierigkeiten, die aus der innern Beschaffenheit der Quellen des Teut-schen Privatrechts entstehen, deren Hinweg-räumung selbst vor jener Untersuchung und Bestimmung des Verhältnisses zwischen Römischem und Teutschem Recht vorher-

gehen muß, da dieselbe nur einen Zusaz zu der totalen Kenntnis der Verfassung des Teutschen Privatrechts gewähren kann. Es ist bekannt, auch bereits oben (§. 1.) bemerkt worden, daß dasselbe auf sehr wenigen, allgemeinen, durch ganz Teutschland geltenden, gesezlichen Vorschriften beruhe. Die vornehmste Quelle, aus der wir die meisten besonderen Materien erläutern müssen, sind also nicht blos Reichsgeseze, sondern einzelne Land- oder Stadtrechte, Landesbräuche u. s. w. n) und diese sind nach ihrem Innhalt in so vielen Rücksichten verschieden, daß nicht selten zwey Statuten solche entgegengesezte Rechtsinstitute enthalten, die einander geradezu widersprechen, oder das ursprünglich nemliche Institut unter ganz verschiedenen Formen aufnehmen, wie z. E. Gütergemeinschaft, besondere und allgemeine unter Ehleuten, oder in einzelnen Bestimmungen der nemlichen Lehre von einander abgehen, welches der ganz gewöhnliche

n) v. SELCHOV l. c. §. 51.

liche Fall in den Statuten ist, und endlich zuweilen sogar ganze Rechtsinstitute aufnehmen, ohne die Rechtsgrundsäze und nähere Bestimmungen derselben festzusezen, öfters wohl gar nur durch eine Parömie bezeichnen.

§. 7.

Diese ganze Anlage des Teutschen Privatrechts und seiner Quellen leitet geradezu auf die wichtige, für die ganze Wissenschaft präjudizielle, Frage: was denn eigentlich Teutsches Privatrecht seye? und, fast komme ich in Versuchung beyzusezen; ob es wirklich ein Teutsches Privatrecht, in dem wissenschaftlichen und juristischen Sinn, wie z. E. Römisches Privatrecht genommen, gebe? daß es bey der äusserst mannigfaltigen Verschiedenheit der einzelnen Statuten und besonderen Rechtsgewohnheiten, Landesgebräuche u. s. w. in Bearbeitung der Rechtsgrundsäze eines jeden Instituts unmöglich seye, mit Gewisheit eine Lehre des Teutschen Rechts aufzustellen, die

in allen Gegenden Teutschlands und unter den nemlichen Bestimmungen beobachtet werde, fliest aus der Natur der Sache selbst, und schon der Wiederspruch eines einzigen Statuts würde die Allgemeinheit einer solchen Behauptung umstossen. Da man aber sogar bey Vergleichung der verschiedenen Statuten über eine Materie in den Hauptsäzen mannigfaltige Wiedersprüche findet, ganz entgegengesezte Rechtsinstitute beobachtet, wodurch allein schon die allgemeine Anwendung solcher Rechtslehren aufgehoben wird, so ist doch gewis die Schwierigkeit nicht geringe, feste Begriffe und Grundsäze solcher Materien aufzufinden, deren Anwendbarkeit überall und nach allen einzelnen örtlichen Verfassungen und Gesezgebungen keinem Zweifel unterworfen wäre. Und fast sollte man durch diese Betrachtung verleitet werden, keine allgemeine Prinzipien aufsuchen zu wollen, sondern alles den individuellen Bestimmungen der einzelnen Statuten zu überlassen! Allein diese Statuten selbst sind gröstentheils dem Vorwurf unter-

unterworfen, daß sie nicht einmal eine deutliche, vollständige, Auseinandersezung solcher Rechtsinstitute, welche sie aufnehmen, darstellen, daß sie öfters auf allgemeinen Landesbrauch sich beziehen, der nicht selten in Bestimmung einzelner Grundsäze eben so schwankend ist, oder durch Dunkelheit des Ausdrucks einen ganz zweifelhaften Sinn enthalten, ja sogar nicht selten ein Institut ohne alle nähere Erörterung der Grundsäze, blos durch den Nahmen, oder ein Rechtssprichwort bezeichnet, aufnehmen. Und dis sind gerade die merkwürdigeren Fälle, wo sorgfältige Bearbeitung und Aufsuchung allgemeiner Prinzipien der einzelnen Teutschen Rechtsinstitute höchst nothwendig wird! Wenn die Worte eines Statuts unvollständig, oder zweifelhaft und dunkel sind, wo ohne Kenntnis der anderwärtigen Beschaffenheit eines Instituts keine richtige Erklärung, oder Bestimmung spezieller Grundsäze möglich ist, so würde offenbar die vollständige Aufstellung allgemeiner Grundsäze einer jeden Lehre äusserst

viele Vortheile gewähren. Wenn aber nicht einmal Dunkelheiten in einem solchen Gesez sich befinden, wenn es z. B. blos im Allgemeinen heist, Gemeinschaft der Güter solle unter Ehleuten gültig seyn, so ist offenbar der Fall einer blossen Interpretation dieses Gesezes nicht vorhanden, denn diese sezt voraus, daß die zu interpretirende Stelle doch wenigstens immer gewisse, obwohl nicht ganz verständliche Data enthalte, deren Sinn durch eine besser geordnete Zusammenstellung derselben untereinander, mit den vorhergehenden und nachfolgenden Propositionen oder mit allgemeinen bereits festgesezten Grundsäzen, auf welche die Stelle sich beziehen möchte, erläutert werden könne o). In diesem Fall, wann ein solches Pro-

o) Das Wesentliche der Interpretation besteht darinnen, in dem Gesez selbst die Gründe zu finden, aus welchen die ratio legis hergeleitet und erläutert werden könne. Ist die darinn enthaltene ratio dunkel, so schlagen alsdenn alle Hülfsmittel der

Provinzialgesez ganz keine nähere Data enthält, woraus die Bestimmungen eines Rechts-

---

der logischen und grammatischen Interpretation an, es werden, wie PLACCIUS de Jurisconsulto perfecto, sive interpretatione legum cap. II. addit. III. n. 4. 5. sagt, signa clariora den obscuris in lege contentis substituirt. In einem solchen Fall aber, wo das Gesez nicht einmal signa obscura anführt, an deren Stelle der Interpres nach hermineutischen Regeln deutlichere sezen, und so die darinn festgesezte Bestimmungen einer Rechtsmaterie herleiten könnte, wo es rezipirte Begriffe und Grundsäze voraussezt, ohne denselben eigene Bestimmungen oder Zusäze beyzufügen, in einem solchen Fall ist, wann die vorausgesezten Begriffe und Rechtsprinzien im Allgemeinen unbestimmt sind, nicht eigentlich der Verstand des Gesezes, sondern die ganze Rechtslehre in Begriffen und Sprache zweifelhaft. Beruht diese im Gegentheil auf positiven allgemeinen Bestimmungen, so fällt auch alle Schwierigkeit bey der Befolgung des Gesezes weg,

Rechtsinstituts herzuleiten wären, mus man annehmen, daß dasselbe sich auf allgemein rezipirte usuelle Begriffe und Grundsäze habe beziehen sollen. Würden also diese im Reinen seyn, so wäre die Gesezstelle selbst, welche dieselbe voraussezt, keiner Dunkelheit unterworfen. Allein wenn nun gerade diese allgemeine Grundsäze nicht mit befriedigender Gewisheit festgesezt sind, wenn also erst davon die Frage ist, daß diese durch eine richtige Untersuchung und Abstraction aufgestellt werden sollen, so hat diese Bearbeitung einer Teutschen Rechtslehre eine weit höhere Absicht, nicht blos Gründe und Hülfsmittel zu Erläuterung einzelner Statuten an die Hand zu geben, wo diese etwa in der Auseinandersezung eines Gegenstands nicht deutlich oder vollständig genug seyn möchten, sondern die ganze Lücke solcher Gesezgebungen auszufüllen, welche unter Voraus-

das diese Grundsäze voraussezte, ohne nähere Data zur Bestimmung der speziellen Säze beyzufügen.

aussezung bereits festgesezter Grundsäze keine nähere Bestimmungen einzelner Rechtsinstitute, weder deutliche noch zweifelhafte, enthalten, und folglich auch zur Interpretation keine innere Gründe darbieten.

§. 8.

Doch selbst dieser bisher angezeigte Fall ist nicht der einzige, wo Untersuchung und Aufstellung allgemeiner Grundsäze über einzelne Materien des Teutschen Privatrechts von äusserster Wichtigkeit wird. Es ist ohne mein Erinnern bekannt, daß ein jedes solches provinzial oder lokale Gesez blos in dem eingeschränkten Raum, für den es gegeben ist, verbindende Kraft hat, daß daher seine Vorschriften ausser seinem bestimmten Bezirk kein gesezliches Ansehen haben, wenn nicht ein solches Gesez, wie besonders in älteren Zeiten bey dem Anfang unserer statutarischen Geseze häufig geschehen, durch den Gebrauch rezipirt wird. Wenn nun dieses in einem Territorium Teutschlands nicht geschehen ist, wenn ein sol-

solches seine ganz eigene Gesezgebung hat, welche aber gewisse Rechtsinstitute weder aufnimmt, noch verbietet, so wird natürlich im Zweifel kein solches Institut als verfassungsmäsig aufgenommen präsumirt, sondern für das jus commune gesprochen werden p). Es wird z. E. in einem Land, wo die Erbfolge unter Ehleuten in dem Statut nicht ausdrücklich bestimmt, und folglich dem gemeinen Recht überlassen ist, weder für allgemeine noch für besondere Güter=

p) Den Saz der ältern Praxis, daß statuta strictæ interpretationis, und aus dem jure communi zu erklären seyen, schränkt SCHILTER in praxi juris Romani in foro Germanico Exerc. II. §. 13. sehr richtig dahin ein, daß vor allen Dingen immer der ganze Zusammenhang einer Teutschen Rechtslehre, so wie er aus den Worten oder dem Sinn des Statuts hergeleitet werden könne, die erste Interpretationsquelle seye. Cf. etiam HENR. LINCK de successione conjugum ab intestato. Altorf. 1686. 4. cap. IV. n. 2 — 5.

tergemeinschaft präsumirt werden, und daher, wenn bey Entscheidung einer solchen Erbfolge Gütergemeinschaft zum Grund gelegt werden soll, der Beweis des Gebrauchs derselben dem anführenden Theil obliegen. Wie aber wenn in diesem Land, wo allgemeine Gütergemeinschaft, oder Einkindschaft, oder irgend ein anderes Institut nicht verboten ist, Eheleute z. B. Einkindschaft unter ihren Kindern verschiedener Ehen errichten? Wie, wenn die Form der Errichtung so beschaffen ist, daß nicht alle Fälle darinn entschieden sind, wenn z. B. eines der unirenden Eltern sein gekohrenes Kind enterbte, ohne daß diese Befugnis irgend eine vorläufige Bestimmung erhalten hätte, und hierüber ein Streit entstünde, der also aus der Einkindschaftsberedung nicht entschieden werden könnte, woher sollen Entscheidungsgründe genommen werden, als aus gewissen allgemeinen Grundsäzen der Lehre von der Einkindschaft, die nun einmal, nach dem ganzen Schicksal des Teutschen Privatrechts,

nicht

nicht auf allgemeinen gesezlichen Vorschriften beruhen, deren doctrinelle Aufstellung daher in diesem Fall aufs neue wichtig wird, weil sie wiederum die Stelle des positiven Rechts vertreten?

§. 9.

Der dritte Grund, der das Bedürfnis der Festsezung allgemeiner Prinzipien über einzelne Teutsche Rechtsmaterien erhöht, liegt in der Unvollkommenheit der statutarischen Geseze selbst. Von feinerer Bestimmung und Entwicklung der Begriffe ist in der Teutschen Privatgesezgebung die Frage wohl nie eigentlich gewesen, alles gieng auf eine gewisse practische Brauchbarkeit fürs gemeine Leben hinaus, die in den einzelnen Statuten mehr oder weniger erreicht wurde. Es geschieht häufig, und (die Erfahrung bey Durchlesung dieser Geseze bestätiget es!) beynahe gewöhnlich, daß der ganze Umfang aller, auch nur der allgemeineren, Grundsäze einer Rechtsmaterie in den Statuten nicht so deutlich vorgetragen und erschöpft

wird, daß nicht bey der Anwendung solcher Geseze wegen ihrer Kürze, Dunkelheit oder Unbestimmtheit hie und da Schwierigkeiten entstehen könnten, der Menge von Fällen nicht zu gedenken, deren individuelle Bestimmung a priori unmöglich ist, die jedoch durch analogische, von den wirklich im Gesez enthaltenen Säzen, herzuleitende Schlüsse entschieden werden können. Hier tritt die Nothwendigkeit der Interpretation ganz augenscheinlich ein, und also auch das Bedürfnis nach allen Hülfsmitteln derselben. Unter diesen aber kann wohl keines von grösserer Erheblichkeit seyn, als die Kenntnis von der allgemeinen, ganzen Beschaffenheit und dem Geist eines jeden Rechtsinstituts, und so abweichend von derselben ist wohl kein statutarisches Gesez in Bestimmung der Rechtsgrundsäze eines Instituts, daß es nicht gewisse Hauptideen bey demselben zum Grunde legte, (denn sonst würde das Institut in einem andern Gesez dem Wesen nach nicht mehr das nemliche bleiben!) aus deren Natur und wesentlichen

Be-

Bestimmungen so lange ein solches Statut nach allen Regeln der logischen Interpretation erläutert werden mus, als nicht ganz besondere Abweichungen in dem Statut enthalten sind, die entweder aus den ausdrücklichen Worten desselben, oder aus gewissen, von dem ganzen Zusammenhang des Statuts herzuleitenden, Gründen erhellen.

§. 10.

Alle diese Bemerkungen über die Nothwendigkeit der doctrinellen Bearbeitung der einzelnen Materien des Teutschen Privatrechts zur Hülfe der Interpretation der Statuten sowohl als zur Festsezung allgemeiner, die Stelle des positiven Rechts öfters vertretender, Grundsäze, über die Verbindung derselben mit den einzelnen wirklich allgemeinen reichsgesezlichen Verordnungen, und über die Schwierigkeiten, welche sich dieser Bearbeitung entgegen stellen, sind, glaube ich, die überzeugendsten Beweisgründe, daß es kein geringes Unternehmen sey, einem solchen Aggregat einzelner meistens speciellen

statu=

statutarischen Verordnungen, als der Grundstoff unseres teutschen Privatrechts ist, die Form einer Wissenschaft zu geben, und daß die Art und Weise, diese Menge öfters unzusammenhängender ja sogar wiedersprechender Verordnungen auf gewisse Grundsäze zurück zu führen, einer sehr sorgfältigen Bestimmung bedörfe, wenn die einzelnen Rechtslehren sowohl als das ganze System des Teutschen Privatrechs die Evidenz erhalten soll, welche man bey einer so positiven Wissenschaft, als unsere Jurisprudenz ihrer Natur nach seyn mus, zu fordern berechtiget ist. Wornach sind aber diese Grundsäze der Bearbeitungs-Methode zu bestimmen, wenn in den ersten Begriffen keine Uebereinstimmung, und (es sey mir vergönnt, meine Meinung redlich zu gestehen!) aus dem nemlichen Grunde noch nicht die gehörige, möglichste, Präzision sich wahrnehmen läßt? So lange die Frage zweifelhaft ist, ob es ein allgemeines Teutsches Privatrecht nur möglicher Weise geben könne? und diese auch unter gewissen Be-

stimmungen angenommen, was denn nun heutiges Privatrecht sey? ob es frey von aller Zumischung Römischer Rechte, oder durch dessen Zusäze und Einflus modifizirt angenommen werden müsse? so lange diese Fragen noch nicht vollständig zergliedert, und bis zu einer gewissen Deutlichkeit aufgelöst sind, so lange bleibt wenigstens immer die Vermuthung gegründet, daß noch etwas zu leisten übrig seyn möchte. Und die Wichtigkeit des Bedürfnisses nach richtiger Bestimmung des Begrifs des Teutschen Privatrechs, und der Methode, wornach die allgemeine Grundsäze desselben zu entwickeln seyen, rechtfertiget wenigstens jeden in dieser Hinsicht gemachten, gutgemeinten Versuch!

§. 11.

Nach allem bisherigen ist es demnach um Bestimmung des Begrifs, was denn Teutsches Privatrecht eigentlich seye, in welchem Verstand es möglicher Weise ein allgemeines Teutsches Privatrecht geben kön-

könne, und um Festsezung der Methode dasselbe zu bearbeiten, äusserst zu thun. Durch diese Untersuchung mus die wissenschaftliche Existenz desselben dargethan werden, an der man doch immer noch nicht ganz unerhebliche Gründe zu zweifeln hat, wenn man nur die bisher erwähnte Beschaffenheit seiner Quellen, die durch alle Zeitalter hervorleuchtende Verschiedenheit derselben in Aufnahme ganzer Rechtsinstitute sowohl als besonderer Formen und Grundsäze einzelner Rechtslehren, und sein zweifelhaftes, verwickeltes Verhältnis zum Römischen Recht bedenkt. Es wird zu Beleuchtung dieser ganzen Untersuchung und zu Bestätigung dessen, was bisher von dem Zustand des Teutschen Privatrechs, im Ganzen genommen, bemerkt worden, dienen, wenn wir die Hauptperioden seiner wissenschaftlichen Geschichte durchlaufen, die verschiedenen Gesichtspuncte und methodischen Grundsäze, von welchen die verschiedenen Germanisten, welche die Wissenschaft als System bearbeitet haben, ausgegangen

 sind,

sind, vergleichen, und zugleich die methodischen Vorschläge einzelner Rechtslehrer prüfen, ob ihre Befolgung den Erfordernissen eines wissenschaftlichen Rechtssystems Genüge leisten würde? Durch die Beobachtung und Vergleichung der Grundsäze, welche von so manchen vortreflichen Männern in Behandlung unsers vaterländischen Privatrechts befolgt worden sind, werden wir in den Stand gesezt werden, richtige Begriffe von demselben und der ihm angemessenen Bearbeitungsmethode zu abstrahiren, wenn wir einsehen, welche Methode die passendste und richtigste seye, und welcher Bestimmungen etwa diese noch bedörfe?

§. 12.

Noch ist aus diesem Gesichtspunct keine Geschichte des Teutschen Privatrechts geschrieben, welche die innere Fortschritte desselben in seiner wissenschaftlichen Ausbildung darstellte; eben so wenig ist die ganze innere Entwicklung unseres vaterländischen Rechts zur Zeit seiner blos practischen, nicht wissen-

schaft-

schaftlichen, Ausbildung historisch richtig bearbeitet q). Ich kann mich demnach auf keine

q) Keine Trennung hat wohl im Studium der Rechtswissenschaft mehr geschadet, als die Absonderung der sogenannten Rechtsantiquitäten von Rechtsgeschichte. Kanns etwas trockeneres unfruchtbareres geben, als eine Rechtsgeschichte, die blos den Namen und das äussere Historische einzelner Geseze erzählt, ohne Darstellung ihrer wichtigsten innern Fortschritte und Entwicklung? Durch diese allein kann die Rechtsgeschichte fruchtbar und das werden, was sie seyn soll, Schlüssel zur Kenntnis des inneren Zusammenhangs und des wahren Geists eines Rechtssystems. Und selbst jene Art von abgesonderter Rechtsgeschichte, welche das blos Historische einzelner Geseze erzählt, mus öfters ohne das innere Licht, das aus der Vergleichung und Zusammenstellung des Innhalts der Geseze allein entspringt, dunkel und unvollständig bleiben. Wenn ein Gesez eine Lücke des Rechtssystems ausfüllen sollte, woher kann diese Veranlassung zu

keine solche Vorarbeit beziehen, in welcher diese Ideen verbunden mit den übrigen Be-

stand-

---

seiner Entstehung erläutert werden, als aus dem inneren Zusammenhang der Gesezgebung der damaligen Periode? freylich ist unsere Teutsche Gesezgebung so beschaffen, daß es ein leerer Traum seyn möchte, aus einem jedesmaligen System derselben manche lokale, einzelne Geseze erklären zu wollen; doch bleiben immer bey jeder Rechtslehre gewisse Hauptideen, deren einzelne, individuelle Modifikationen selbst aus der Kenntnis des Ganzen ihr Licht erhalten! Ich behaupte damit nicht, daß die übrige historische und critische Bearbeitung der einzelnen ältern und neueren Teutschen Rechtsquellen überflüßig seye, ich halte sie für höchst nothwendig und wirklich, für den cultivirtesten Theil unserer Teutschen Rechtsgeschichte. Ueberzeugende Proben hievon enthalten CONRING de origine juris Germanici, Helmst. 1643. 4. BURCH. GOTTH. STRUV in historia juris, Jen. 1718. 4. cap. und in neueren Zeiten vorzüglich Herrn Hofr. Walch's Grundris der Ge-

schich-

standtheilen einer vollständigen Teutschen Rechtsgeschichte vorgetragen wäre. Ich würde dadurch der grossen Schwierigkeit entgehen, meine eigene, wie ich gewis glaube, auf Beweise gegründete, Bemerkungen sagen zu müssen, und bey der vorsichtigsten

Hoch=

schichte der in Teutschland geltenden bürgerlichen Rechte, Jena 1780. 8. II. Th. I. B. 2. Abschn. p. 346. seqq. Herrn Prof. Fischers Entwurf einer Geschichte des Teutschen Rechts Leipz. 1781. 8. ist mehr Deduction für den ununterbrochenen Gebrauch der Teutschen Rechte. Franz Xaver Steierts Abris der Geschichte der teutschen Privatrechts = Gelehrsamkeit, Wirzburg 1786. 8. enthält hie und da lesenswerthe litterarische Bemerkungen ohne Bezeichnung der verschiedenen Methoden, wie das Teutsche Recht als Wissenschaft bearbeitet worden. Durch die angekündigte historia juris Germanici des Herrn Professor Bieners sind wir zu den angenehmsten Erwartungen berechtiget.

Hochachtung gegen die Verdienste mancher Rechtslehrer dennoch undankbar zu scheinen.

§. 13.

Daß ich hier keine vollständige Geschichte der Teutschen Privatrechtswissenschaft liefere, sondern blos die Hauptideen auszuziehen mich bemühen werde, welche der Bearbeitung derselben eine vorzügliche Richtung gegeben haben, ist bereits bemerkt worden. Der erste Anfang der Cultur des Teutschen Privatrechts, wo dasselbe zuerst von den Verfassern der Formularbücher, Layenspiegel u. s. w. im sechszehenten Jahrhundert unter gewisse, wo möglich auf Römische Rechtsmaterien sich beziehende Gesichtspuncte, vermittelst Vergleichung einzelner statutarischer Stellen zusammengetragen r), oder in der Folge von den Rechtsge-

r) S. Herrn Prof. Fischers Geschichte des Teutschen Rechts §. 81 — 91.

gelehrten als usus modernus s) berührt, und hie und da aus einander gesezt wurde, ist nicht sowohl in Absicht auf Methode als vielmehr für die Geschichte der Erweiterung des Teutschen Privatrechts sehr merkwürdig. Die Sache selbst gieng sehr einfach zu. Man sahe, daß manche Rechtsinstitute in den Teutschen Statuten und Gewohnheiten eingeführt waren, die zu sehr von dem Römischen Recht abwichen, als daß es ohne alle Einschränkung oder Zusäze bey denselben hätte angewandt werden können, so sehr auch die Rechtsgelehrten fast durchgängig den Gebrauch des Römischen Rechts vertheidigten, und öfters mit Gewalt herbey-

zogen.

s) S. Senkenberg in den Gedanken von dem jederzeit lebhaften Gebrauch des uralten teutschen Bürgerlichen und Staatsrechts. Frankf. 1759. 8. II. Cap. §. 21. 22. JOH. HEUMANN medit. de juris germanici studio utiliter persequendo cap. II. §. 13. præmissa exercitationibus juris universi, præcipue Germanici Altorf. 1749. 4.

zogen. Nun stellte man wie z. E. Abraham Saur in seinem güldenen Auszug und Fluß von Erbschaften rc. that, unter zerschiedene Rubriken theils Säze des Römischen Rechts, theils gesammelte Verordnungen einzelner Statuten zusammen, und abstrahirte aus diesen gewisse allgemeine Säze, die durch ihre tägliche Anwendbarkeit in der Praxis grossen Eingang fanden. So trug man nun auch diese Säze als usus modernus auf Akademien vor, und gab ihnen diesen Namen um so eher, je geneigter man war, das Römische Recht als Grundlage des ganzen Rechtssystems anzusehen, und demselben soviel möglich ausdrückliche und analogische Anwendung zu verschaffen. Auf diese Weise wurden ursprünglich Teutsche Rechtsmaterien als usus modernus ähnlicher, oder ähnlich scheinender (denn man suchte Aehnlichkeiten!) Teutscher Rechtslehren behandelt, und aus diesem Gesichtspunkt insbesondere auch von den eigentlichen Praktikern bearbeitet, deren Einfluß selbst auf statutarische Gesezgebungen,

gen, mittelbar durch die Richtung, welche sie dem Gerichtsgebrauch gaben, und öfters auch unmittelbar t), weil man sie zu Verfassern der Statuten wählte, so wichtig war, daß man wohl seit dem sechszehenten Jahrhundert kein Statut finden wird, in welchem nicht Grundsäze des Römischen und Teutschen Rechts häufig vermischt wären.

§. 14.

Im sechszehenten Jahrhundert hatte zwar schon mit den Bemühungen Joh. Sichards, Herolds u. a. einige historische Bearbeitung des altteutschen Rechts, oder vielmehr Bekanntmachung der ältesten Teut-

t) So verfertigte z. B. bekanntlich Joh. Sichard die neuere Frankfurter Reformation, Riccius von Stadtgesezen I. Buch, IV. Hauptst. §. 4. und das Solmsische Landrecht, (Walch in den Beyträgen zu dem Teutschen Recht II. Th. S. 344. ff. III. Th. 341. ff.) Ulrich Zasius das Stadtrecht von Freyburg. (S. ebens. II. Th. p. 354.)

Teutschen Geseze, so wie zuvor schon der Rechtsbücher des Mittelalters angefangen u). Doch erst mit Hermann Conring erwachte das Studium der Geschichte der Teutschen Rechte x). Dieser selten gelehrte Mann machte den Anfang, unsere vaterländische Rechtsgeschichte im Ganzen zu bearbeiten, und das Ansehen desselben gegen das Römische Recht zu behaupten. Er hatte mit verjährten Vorurtheilen und gelehrten Männern, die für die uneingeschränkte Gültigkeit des leztern stritten, zu kämpfen. Geradezu hatte er nie behauptet, daß die ältesten Teutschen Geseze unbedingtes Ansehen noch jezo in Teutschland haben sollten, er gestund sogar an mehreren Orten seines Buchs die Unmöglichkeit dieser Behauptung zu, wegen allzusehr veränderter neuerer Verfassung in Teutschland, doch lag ihm der Gebrauch

u) S. Herr Hofr. Walchs Rechtsgeschichte p. 349. 351. 385. 397.

x) HERM. CONRING de origine juris Germanici Helmstad. 1643. 4.

brauch des Teutschen Rechts sehr am Herzen, dessen historische Untersuchung aus den åltern Monumenten ihm um so nöthiger schien, je unvollständiger damals noch die Sammlung der neueren bekanntgemachten Hülfsmittel war, und je wichtiger er zu Behauptung des Ansehens der Teutschen Rechte die Darstellung des Hergangs glaubte, wie prekår das Römische Recht zum Nachtheil des Teutschen vom akademischen in den Gerichtsgebrauch sich eingeschlichen habe. Weiter als er gieng Joh. Ge. von Kulpis y) in Vertheidigung der alten und åltesten Teutschen Rechte. Er behauptete noch das heutige gesezliche Ansehen der Rechtsbücher und Geseze des mittlern und åltesten Zeitalters, so lange keine Abschaffung derselben erweislich seye, und ver-

y) Unter dem Namen CONRADUS SINCERUS, in Diss. epistol. de Germanicarum Legum Veterum ac Romani Juris in republica nostra origine auctoritateque præsenti. Lips. 1682. 8.

verbannte mit partheyischem Eifer, aber grosser Gelehrsamkeit, das eingedrungene Römische Recht jedoch mehr aus Gründen der gesezgebenden Klugheit, ohne darauf zu antworten, daß dieses einmal in foro aufgenommen und in die Rechtsverfassung verwebt war, und daß ohne das Eindringen desselben die Teutsche Gesezgebung selbst vielleicht stärkere, auf den neueren Zustand der Verfassung und Cultur passende, eigenthümliche Fortschritte gemacht haben würde, die wir jezt an ihr vermissen, daß vielleicht aber auch ohne Römisches Recht Teutschland in Absicht auf Jurisprudenz nie den Grad von cultivirter Einsicht erreicht haben würde, der ihm jezt die Befolgung eben dieser fremden Rechte hie und da lästig macht.

§. 15.

Zwischen den Schriften dieser beyden Männer trat einer der wichtigsten Schriftsteller für das Teutsche Privatrecht, Johann Schilter, auf, der mit gleichgrossem

Scharfsinn und Gelehrsamkeit die Mittelstrasse zwischen den Verfechtern der altteutschen und Römischen Rechte hielt z). Er sah den tiefeingewurzelten Gebrauch, welchen das Justinianeische Recht durch alle Theile des Privatrechts erhalten hatte, erkannte, als Kenner des Römischen Rechtssystems, die Vorzüge desselben, und, daß ich mich so ausdrücke! die blos fragmentarische Existenz gewisser Materien des Privatrechts in Teutschland, welche Teutschen Ursprungs waren, und im practischen Gebrauch sich erhalten hatten, weil sie auf eigenthümlich Teutscher Verfassung beruhten, die aber auch aus dem nemlichen Grund aus Teutschen Prinzipien erläutert werden musten a). So abstrahirte er sich das Ver-

z) In seiner Praxis juris Romani in foro Germanico, die im J. 1675. zuerst erschien.

a) S. die Geschichte des Streits, den er hierüber mit Kulpis führte, in Christian Tho-

Verhaltnis des Römischen Rechts zu dem Teutschen, und führte in einzelnen Exercitationen viele der wichtigsten Teutschen Rechtslehren nach den methodischen Gesezen aus, die eine Folge seiner zum Grunde liegenden Vorstellung jenes Verhältnisses waren. Zur doctrinellen Entwicklung der verschiedenen Materien verglich er die ältere und ältesten Teutschen Rechtsmonumente, auch die neueren Statuten, so viele derselben er zu seiner Zeit habhaft werden konnte, und ersezte in Aufstellung allgemeiner Prin-

Thomasius Vorrede zu der Ausgabe der Schilterischen Exercitationen vom J. 1713. Schilters eigene Vertheidigung gegen die Einwürfe des erstern in den actis eruditorum Lipsiensibus de a. 1682. p. 396. sq. und in der so eben angeführten Ausgabe der Exerc. in dem additam. ad §. 12. Exerc. II. Von seinen übrigen Verdiensten um die ganze Jurisprudenz und Geschichte der Teutschen Verfassung s. die angef. sehr interessante Vorrede von Thomasius.

Prinzipien über solche Materien durch richtige Wahrnehmung des practischen Gangs die Vollständigkeit der Induction, die ihm zur Entwicklung der ganzen heutigen Form dieser Rechtslehren fehlte.

§. 16.

Die Liebe zu dem vaterländischen Recht erwachte immer mehr unter den Teutschen Rechtsgelehrten. Man sammelte und verglich einzelne Statuten, oder stellte vielmehr einzelne Stellen derselben unter gewisse gemeinschaftliche Rubriken des Römischen Rechts zusammen b), und bearbeitete einzelne statutarische Geseze oder Landesgewohnheiten, aber fast immer in Hinsicht auf Römisches Recht, oder im Gegensaz gegen dasselbe. So entstunden seit dem siebenzehnten Jahrhundert eine Menge Collatio-

b) S. HENR. GISEBERTI Justinianus harmonicus. Lubec. 1652. 4.

lationen und Differenzien c) Römischer und statutarischer Rechte über ganze Statuten und über einzelne Capitel derselben. Dadurch wurden wenigstens viele Säze des partikulären Teutschen Privatrechts bekannt gemacht, wenn auch nicht immer aus den richtigsten Prinzipien erläutert. Glücklicher waren sogar von Zeit zu Zeit einige Statuten, welche eigene Commentarien, und hie und da besondere historische oder thetische Ausführungen erhielten. Zu allen diesen ein=

c) Cf. supra cit. WESTPHAL de indole juris Romani &c. cap. I §. 3. n. p. wo ein ganzes Verzeichnis der ältern Differenzien und Collationen Römischer und statutarischer Rechte enthalten ist. Herrn Prof. **Fischers** Entwurf einer Geschichte des teutschen Rechts, §. 87. Diese Conciliation Fränkischer und Sächsischer Rechte mit dem Römischen wurde bekanntlich sogar durch die Statuten der Universitäten Giessen und Rinteln den Lehrern der Rechte anbefohlen. S. **Steiert** am a. O. S. 14.

einzelnen Beyträgen kam noch die Aufnahme des Studiums der Teutschen Verfassungsgeschichte durch die Bemühungen eines Hert, Ludewig und anderer, es erschienen Abhandlungen über einzelne Materien des Teutschen Privatrechts, und Untersuchungen über den Gebrauch oder Nichtgebrauch des Römischen Rechts in demselben d). Durch die leztern trug besonders Thomasius zur Bearbeitung des Teutschen Rechts, bey all seiner Neuerungssucht, sehr viel bey, theils durch die Gelehrsamkeit seiner Ausführungen, theils aber auch durch sein Ansehen; und Autorität hatte das Teutsche Recht noch immer zu seinem Aufkommen nöthig! Man demonstrirte noch bis ins erste Viertel unsers Jahrhunderts die Nothwendigkeit und den Nuzen des Stu-

d) Belege zu diesen Bemerkungen liefert die Litteratur unsers Teutschen Privatrechts hinlänglich, ohne daß ich sie einzeln aufzähle!

Studiums der Teutschen Rechte e), und vereinigte sich allmählich über den Saz, den Schilter und andere längst behauptet hatten, daß es mit Römischem Recht allein in Teutschland nicht gethan seye, daß Kenntnis der Teutschen Rechte und ihres Verhältnisses zu dem Römischen nothwendig, und zu diesem Endzweck Studium der Teutschen Verfassung und Geseze unentbehrlich seye f).

§. 17.

e) ENGELBRECHT de neceſſitate & utilitate ſtudii juris Germanici. Helmſt. 1720. 4.

f) MICH. HENR. GRIBNER de jure incerto ex dubia legum, quibus utimur, auctoritate oriundo. Viteb. 1715. 4. und in seinen opuſculis juris publici Tom. IV. Sect. III. p. 92. ſeqq. Besonders merkwürdig sind, weil sie die Summe alles dessen, was über den nothwendigen Gebrauch und das Verhältnis der Teutschen Rechte zu dem Römischen bis dahin gesagt worden, enthalten, die öfters angef. Abhand. Ern. Joach. Westphals de indole juris Romani.

§. 17.

Nach einem langsamen Gang der Cultur des Teutschen Privatrechts, nach manchen Retrogradationen, wovon, Statt immer gleich fortdaurender Fortschritte des Studiums, die Litteratur desselben zu Anfang dieses Jahrhunderts hinlängliche Proben liefert g), machte endlich Georg Beyer, Pro-

mani. 1726. 4. De distincta practica ratione in jure privato Romano - Germanico, 17:4. 4. und de juris Romani & Germanici distinctæ tractationis origine, ratione & fructu in theoria & praxi. 1727. 8.

g) Man kann nichts dürftigeres lesen, als z. B. Joh. Paul Kress in der ersten Probe derer Anmerkungen über das Teutsche Recht. Jena, 1709. 8. Ephr. Gerhard in den unvorgreiflichen Gedanken von den Schwierigkeiten der teutschen Rechtsgelahrheit. Jena, 1716. 8. Eben so leer an Aufschlüssen, nur mit Gelehrsamkeit geschrieben sind Joh. Sal. Brunquells eröfnete Gedanken von dem Teutschen

Professor zu Wittenberg, ein Schüler Christian Thomasius und Samuel Strycks, den Anfang, daß er über Teutsches Privatrecht, von dem Römischen abgesondert, Vorlesungen hielt, und zuerst nur den Nuzen derselben über solche Materien darzuthun sich bemühte, die in den Pandectencollegien zu kurz abgefertiget oder gar nicht abgehandelt würden h). Bis er endlich seine Säze in ein System zusammenstellte, das er jedoch nicht mehr, sondern nach seinem Tode, Michael Heinrich Gribner vollendete. Die Methode, die er

schen Stadt- und Landrecht. Jena, 1720. 8. und in seinen Opuscul is Halle, 1774. 8. T. I. n. IV.

h) In seinem Progr. de utilitate lectionum academicarum in juris Germanici capita, Viteb. 1707. sagt er: „nempe non integrum jus Germanicum, verum eas partes, quæ in foro nostro frequentantur, neque has universas, sed inprimis, quarum in Lectionibus Juridicis nulla fit mentio, excutiam.

er in der Darstellung der Teutschen Rechtsmaterien befolgte, war im Grunde ganz keine andere, als die Schilterische, auch in seinen Säzen zeigt sich vielfache Uebereinstimmung mit den Schilterischen. Nur äusserte sich jezt bey der Ausgabe eines Systems des Teutschen Rechts das Beschwerliche, daß man hier, nicht die Blösse der Bearbeitung, sondern der Wissenschaft selbst wahrnahm, deren einzelne Säze und Materien als Anhang zu Exercitationen über Römisches Recht gar wohl auf diese Art vorgetragen werden konnten, ohne erst den vorläufigen Beweis zu führen, daß es ein eigenes System des Teutschen Privatrechts gebe, auf welchen Gründen dieses beruhe, und nach welchen Gesezen es bearbeitet werden müsse? Hierüber erklärte sich Beyer in seinem nur erst angefangenen, und dennoch schon sehr vorzüglichen Lehrbuch nicht; seine Absicht aber gieng sichtbar dahin, soviel möglich alle ins Privatrecht einschlagende Rechtsmaterien Teutschen Ursprungs im Zusammenhang und in allgemeinen heut

zu Tage anwendbaren Grundsäzen vorzutragen.

§. 18.

Man sieht deutlich, wie sehr er die Schwierigkeit fühlte, ein System allgemeiner heutiger Rechtsgrundsäze über alle Teutsche Privatrechtsmaterien aufzustellen, und daß ihn Mangel an Hülfsmitteln dieser vollständigeren Darstellung verleitete, nicht nur zu historischer Vergleichung der älteren Rechtsbücher und Geseze, welche an und für sich, wenn sie nicht ausschliessungsweise für das neuere Recht geschicht, von vorzüglichem Nuzen ist, seine Zuflucht zu nehmen, sondern daß er öfters zuviel auf jene ältere Rechtsbücher, besonders des Mittelalters baute, wodurch mehrere Materien äusserst kurz abgehandelt werden musten i). Mit weit ausgebreiteterer Gelehrsamkeit trat

i) Man vergleiche nur z. B. die Lehre von der Erbfolge der Ehleute, Gütergemeinschaft u. s. w.

trat Joh. Gottlieb Heineccius in seine Fusstapfen [k]), sammelte aus seiner grossen Belesenheit eine Menge Beweisstellen für seine aus dem ältern und mittlern Zeitalter hergeleiteten Säze, ohne sich jedoch nach einem bestimmten Prinzipium im Zusammenstellen derselben zu richten, und blieb, unerachtet er sich ausdrücklich dagegen verwahrte [l]), dennoch in der Benuzung der neueren Quellen sowohl als in Auseinandersezung der heutigen Rechtsprinzipien, so wie dieselbe durch die allmählichen Fortschritte Teutschlands in Verfeinerung und vollständigerer Entwicklung seiner Rechtsbegriffe und durch veränderte Privatverfassung bestimmt worden sind, öfters kurz

k) In den elementis juris germanici tum veteris tum quod hodie in ipsis obtinet rerum argumentis, T. I. Hal. 1736. T. II. 1737. 8.

l) In præf. elementorum. p. 35. ed. de a. 1746. pröem. §. 19. p. 13.

kurz und unvollständig m), und bestimmte nicht einmal den Begrif seines juris Germanici n). Joh. Rudolph Engau o) trug altes und neueres Privatrecht gemischt auf die nemliche Art mit häufiger Benuzung seines Vorgängers vor, ohne zu bestimmen, worinn dieser Unterschied eigentlich bestehe, ob er ein jus germanicum universale oder particulare darstellen wolle, oder wie sich die

m) S. des Herrn von Selchov Vorrede zur ersten Ausgabe seines Lehrbuchs. p. 8. sq.

n) Quum jus civile dicatur, quod quisque populus sibi constituit, & cujusque civitatis est proprium, exstare etiam oportet leges ac consuetudines, quas Germani jam inde a gentis suæ origine sibi proprias habuere, easque recte *Juris Germanici* nomine venire arbitramur. Dis ist die ganze Bestimmung des so schweren Begrifs, den er §. 1. zum Grund legt.

o) Elementa juris Germanici civilis veteris pariter atque hodierni. ed. prim. Jen. 1737. 8.

die Quellen des Teutschen Privatrechts gegen einander verhalten p), jedoch hie und da mit mehrerer Beziehung auf neuere practische Schriftsteller und statutarische Geseze.

Sen=

p) Zur vollständigen Rechtfertigung dieser Bemerkungen und Probe, wie er alle diese wichtigen Puncte erörtert, seze ich diese Stelle seines Lehrbuchs Lib. I. Tit. I. §. 15. bey: interpretatio legum, morum, statutorumque germaniæ, qua JCtus occupatus esse debet, quandoque ex legibus & moribus in vicinia probatis, non autem ex Jure Romano vel pontificio desumi potest, Jus ad facti quandam speciem adplicaturus, primum attendere debet speciales cujusque loci mores legesque, post analogiam juris, dein leges & mores provinciales, & iis deficientibus, leges imperii recentiores, denique mores, qui olim ubique viguerunt. Dicitur autem mos universalis, in quo consentiunt specula, jus Lubecense, historiæ & diplomata. Kann man wohl mehr auf einander gehäufte unrichtige Säze in so vieler Kürze beysammen finden?

Senkenbergs kurzer Versuch q) enthält ganz keine Abweichung von der hergebrachten Methode. Ganz in dem nemlichen Geschmack und mit Voraussezung der nemlichen Begriffe und ersten Prinzipien der Behandlungsart, deren sich Engau bediente, schrieb Benedict Schmid sein Lehrbuch des Teutschen Privatrechts r).

§. 19.

So blieb sich, im Ganzen genommen s), die Art der Bearbeitung des Teutschen Rechts

q) Heinr. Christ. Senkenbergs Anfangsgründe der alten, mittlern und neuen teutschen gemeinen Rechtsgelehrsamkeit. Gött. 1737. 8.

r) BENED. SCHMIDT Principia juris germanici antiquissimi, antiqui, medii pariter atque hodierni. Norimb. 1756. 8. S. von demselben Hr. v. Selchovs Vorrede zur ersten Ausg. s. Lehrbuchs p. 17. sq.

s) Glücklicher wurden hie und da einzelne Materien bearbeitet, wie z. B. die Lehre vom Adel, von Bauerngütern u. s. w. wo-

Rechts seit Ge. Beyer in der Hauptsache gleich; man trug weit mehr Teutsche Rechtsalterthümer, sogar öfters ohne critische Berichtigung des Werths der einzelnen Quellen derselben, vor, als heutige Grundsäze des Teutschen Privatrechts, und nahm zu wenig Rücksicht auf Vergleichung der Provinzial- und Stadtgeseze, welche bey den meisten Materien die richtigsten Dokumente zur Darstellung der heutigen Rechtsgrundsäze enthalten, aber freylich bey ihren mannigfaltigen Abweichungen von einander einer genauen Sichtung bedörfen, wenn die allgemeinen Grundsäze einer Rechtslehre aus denselben hergeleitet werden sollen. Gerade hierinnen lag die hauptsächlichste Schwierigkeit. Was ist Teutsches Privatrecht im wissenschaftlichen und politischen Sinn betrachtet? Ist es blosse Sammlung einzelner statutarischer Verordnungen und besonderer Rechtsgewohnheiten, oder enthält es solche

wovon die einzelnen Beyspiele hier anzuführen mit gegenwärtiger Absicht nicht übereinstimmen würde.

solche allgemeine Säze, die an und für sich theoretisch wahr sind, und die richtigen, aus dem Wesen eines jeden Instituts fliessenden, Bestimmungen enthalten? Sind diese Säze blosses Hülfsmittel für die Interpretation einzelner Statuten, oder haben sie gesezlich verbindende Kraft? Und in welchen Fällen kommt ihnen diese zu? Welches sind aber alsdenn auch die neueste, richtige, Grundsäze dieses Teutschen Rechts? Wie verhält sich dasselbe gegen die Römischen Rechte? Alle diese Fragen blieben unentwickelt, und eben dadurch der ganze Begrif des Teutschen Privatrechts selbst, weil die Bestimmung desselben sich nothwendig in diese Fragen auflöst. Erst in neueren Zeiten geschah für die wissenschaftliche Bearbeitung desselben eine glückliche Veränderung, die durch die beyden berühmten Rechtslehrer, Herrn Geheimen Justizrath **Pütter** t) und Herrn Kanzler von **Sel**chov

t) In den elementis juris Germanici privati hodierni, wovon die erste Ausgabe in 8. zu

chow u) bewirkt wurde. Die Vergleichung der von ihnen zum Grund gelegten Methode wird in der Geschichte der Cultur des Teutschen Privatrechts sowohl, als zur Erörterung der Hauptbegriffe, wodurch die Bearbeitung bestimmt werden mus, vieles aufschliessen.

§. 10.

Beyde gehen gemeinschaftlich von dem ersten Grundsaz aus, daß in einem System des Teutschen Privatrechts keine Säze des ältern, sondern nur heutige Rechtsgrundsäze vorzutragen seyen, ohne übrigens den historischen Gebrauch älterer Rechtsuntersuchun-

zu Göttingen 1748. die neueste im J. 1776. erschien; und in dem conspectu juris Germanici privati hodierni novo systemate tradendi. ebend. 1754. 8.

u) In seinen elementis juris Germanici privati hodierni wovon die erste Ausgabe zu Hannover 1757. 8. und die neueste im J. 1787. herausgekommen ist.

chungen zu verwerfen x). Nur sollen nicht die ältesten Teutschen Geseze, deren Gebrauch schon im XI. und XII. Jahrhundert abgekommen war, und eben so wenig die private Rechtssammlungen des Mittelalters als gültige unbestrittene Dokumente heutiger Rechtssäze gebraucht werden. Die Statuten, d. h. die teutschen Landes und Stadtgeseze, und allgemeine sowohl, (aber wo gibt es erwiesener massen solche?) als besondere Rechtsgewohnheiten sind neben den einzelnen Vorschriften allgemeiner Reichsgeseze die eigentlichen Quellen des heutigen Teutschen Privatrechts. In der Befolgung dieses ersten zum Grund gelegten Prinzipiums, in der Benuzung dieser Quellen und der darauf zu gründenden Bearbeitung des Teutschen Privatrechts weichen jedoch diese beyden Rechtslehrer sehr von einander ab. Der Begrif, den Herr Geh. Justizrath **Pütter** von demselben sich bildet, ist dieser:

x) PÜTTER in cit. conspectu cap. 2. §. 22—27. de SELCHOV in eodem. §. 36.

ser: Teutsches Privatrecht enthält die Kenntnis der in Teutschland eingeführten Rechte und Verbindlichkeiten der Bürger untereinander. Diese Rechte gründen sich entweder auf fremde oder einheimische Geseze. Es gibt zwar kein solches einheimisches Teutsches Privatrecht, welches allgemein verbindende Kraft in Teutschland hätte, überall auf gleiche Weise anwendbar wäre. Nichts desto weniger kann eine allgemeine Theorie der einzelnen teutschen Rechtsmaterien aufgestellt werden, welche auf der Vergleichung der Statuten, nöthigenfalls auch der ältern Teutschen Rechtsquellen, und den daraus herzuleitenden analogischen Rechtsprinzipien beruht. Diese Analogie ergibt sich aus der, im Ganzen genommen, anzutreffenden Uebereinstimmung der Statuten. Sie ist hinreichend zur scientivischen Bearbeitung und Aufstellung eines juris germanici universalis, bey welchem nicht die Frage von der allgemeinen gesezlich verbindenden Kraft seiner Säze, sondern blos von der allgemeinen inneren Wahrheit derselben

selben ist. Eben daher fällt auch nach Pütters Grundsaz im Lehrvortrag die Anführung einzelner statutarischer Beweise für die Wahrheit solcher Säze weg, die aus der allgemeinen Analogie einer Rechtslehre, ohne Rücksicht auf specielle Abweichungen einzelner Statuten von denselben oder auf ihre Anwendbarkeit im Einzelnen, herfliesen y).

§. 21.

y) Da es hier um sehr genaue Auffassung der ganzen Pütterischen Vorstellungsart zu thun ist, so läst sich wohl aus Beysezung der eigenen Worte des Herrn Verfassers am besten die Vergleichung anstellen, ob ich seinen Sinn errathen habe: „Si ex solis legibus & consuetudinibus Germaniæ vere universalibus juris Germanici scientia repetenda esset, vix quidquam sane, quod eo nomine traderetur, proferri posse, sed solius cujusque provinciæ locive jura particularia, quin specialissimæ forte dispositiones sigillatim quæque eruendæ videri possent. — — At vero sunt tamen ita comparata patriæ nostræ jura, ut mirus in permultis juris patrii capitibus tantum non omnium observari possit concentus jurium spe-

§. 21.

Herr von Selchov z) weicht, so viel

specialium, quatenus mere domestica continent instituta, quorum manifesta in solo reipublicæ Germanicæ statu ratio est, quæ in plerisque ut plurimum provinciis adhuc non adeo diversa deprehenditur. Quanquam itaque universale jus, quod in omnibus & singulis Germaniæ locis pari modo vigeat, vix datur, saltem theoretice tamen contexi potest universus juris patrii privati ambitus, qui, si recepta non fuissent peregrina jura, solus forte recturus foret Germaniam. Imo ipsa saltem unico hoc modo eruenda est analogia juris patrii, ad quam sæpissime decurrendum. Eo vero sensu *jus germanicum privatum hodiernum* nobis est scientia jurium & obligationum privatarum, quæ hodie in Germania vigent, non ex peregrinis juribus, sed ex propriis patriæ institutis. Hoc universale erit in theoria, dum totius patrii juris ambitum docebimus sine respectu ad certum singulum quemdam Germaniæ locum. PÜTTER in elem. jur. Germ. §. 68 — 73.

z) Ihm folgt in der Vorstellungsart des

viel man aus der ganzen Art, womit er das Teutsche Privatrecht bearbeitet, schliessen kann, darinn wesentlich von der Pütterischen Idee ab, daß er nicht blos ein theoretisch allgemeines Teutsches Privatrecht annimmt, sondern ein solches, das wirklich, wiewohl nicht im grammatischen Sinn, als allgemeines Teutsches Recht anzusehen seye. Es ist schwer aus diesem Lehrbuch, worinn die ersten Begriffe mit keiner Bestimmtheit festgesezt und entwickelt sind, dieselben mit treuer Genauigkeit zu abstrahiren. Der einfachste Weg wird wohl dieser seyn, aus gewissen Folgesäzen, über die sich der Herr Verfasser deutlicher erklärt hat, auf die erstern, etwas versteckten, Vordersäze zurückzuschliessen, und auf diese Weise uns in den Gang seiner eigenen Argumentation zu versezen! Teutsches Privatrecht ist ihm der Inbegrif aller in Teutschland

juris germanici sehr genau Carl Friedr. Breinl in jure germanico privato, ordine tabellario scripto. Vienn. 1781. 8.

land gemachten Geseze, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten der Bürger unter einander festgesezt werden [a]). Dis

a) Seine eigene Worte §. 1. elementor. sind: *Jus germanicum privatum* est complexus legum in Germania conditarum, jura & obligationes civium Germaniæ inter se determinantium. Stellt man, wie man doch zu thun befugt ist, mit dieser Definition folgende §. 4. enthaltene Säze zusammen: Ratione ætatis jus germanicum in antiquum & medium, & novum commode describitur. — — *Novum* leges continet, a sæculo inde XVI. ad nostram usque ætatem promulgatas. Nos quidem hoc libro nonnisi *jus novum* tractabimus &c. so kommt noch die Limitation zu derselben hinzu, daß das jus germanicum privatum hodiernum der Innbegrif blos aller seit dem XVI. Jahrh. in Teutschland gemachten Geseze seye. Fast, glaube ich jedoch, daß es nicht so gemeint seyn wird, es könnten sonst gar zu bedenkliche Folgen daraus gezogen werden. Wie würde es z. B. mit dem Landrecht der Graf-

Dis ist die Definition, die er als ersten Grundbegrif für das Ganze, auch für sein wissenschaftliches System, vorausschickt, ohne Unterschied zwischen jus germanicum privatum, in so ferne es als blosses Aggregat einzelner Teutscher Reichs- und Partikulargeseze, oder als wissenschaftliche, zusammenhängende Darstellung aller auf Teutsche Rechtsinstitute sich beziehenden, und auf allgemeine Säze zurückgeführten Rechtslehren gedacht werden kann. Entweder dachte er sich demnach Teutsches Privatrecht als Wissenschaft und als blosse Sammlung gesez-

---

schaft Sarbrück vom J. 1321. (in Herrn Geh. Rath **Kremers** genealogischer Geschichte des alten Ardennischen Geschlechts insbesondere des zu denselben gehörigen Hauses der ehemaligen Grafen von Sarbrück. Leipz. 1785. 4. p. 551. ff.) gehalten werden müssen, von welchem dieser Gelehrte am a. O. p. 203. §. 84. ausdrücklich sagt, daß es „in der Grafschaft Sarbrück noch dermalen zur Richtschnur der rechtlichen Entscheidung diene?„

gesezlicher Vorschriften nicht dem Wesen, sondern blos der Form nach, verschieden, oder, wenn er es sich nach diesen beyden Gesichtspuncten als wesentlich verschieden dachte, so ist wenigstens die Bestimmung des ersten Grundbegrifs, was sein System des Teutschen Privatrechts in diesem Gegensaz seye? hinweggeblieben. Dieses leztere kann nicht angenommen werden; es bleibt also nichts übrig, als den angegebenen Begrif auch auf sein wissenschaftliches Teutsches Privatrechtssystem, ex conjectura voluntatis, ausgedehnet anzunehmen.

§. 22.

Daß dieser Begrif des Teutschen Privatrechts in dem Selchovschen Lehrbuch vorausgesezt werde, vermöge dessen jus germanicum privatum im wissenschaftlichen so gut, als im blos politischen, Sinn als der Inbegrif aller allgemeinen Teutschen Rechtsvorschriften über die Rechte und Verbindlichkeiten einzelner Bürger unter einander zu nehmen seye, und daß hier kein Unter-

schied zwischen dem blossen materiellen Grundstoff und zwischen dem Formellen des wissenschaftlichen Systems im Wesentlichen angenommen werde, bestätigen überdis noch folgende Säze jenes Lehrbuchs. Es gibt nemlich, nach jener Vorstellungsart, ein jus germanicum universale, zwar nicht im grammatischen Sinn, von dem man sagen könnte, daß es überall auf gleiche Weise beobachtet werde, aber doch in so ferne, weil in den Teutschen Reichsgesezen mehrere Reichsmaterien enthalten sind, (also nicht blos durch einzelne Bestimmungen berührt und hie und da modifizirt werden?), weil viele Materien vermöge allgemeiner Sitte in Teutschland auf gleiche Weise gelten, insbesondere aber auch weil sie auf der gemeinschaftlichen öffentlichen Verfassung aller Provinzen beruhen, und vorzüglich deswegen, weil die besondern Rechte Teutschlands (tantum non semper!) in den wichtigsten Materien übereinstimmen b).

Ohne

b) Er sagt §. 6. Cum porro quædam Germa-

Ohne hier die Beweiskraft dieser Säze zu prüfen, wovon weiter unten die Rede seyn wird, dörfen wir, glaube ich soviel, als un-

maniæ jura omnes ac singulas ejusdem provincias obligent, alia vero in uno tantum alteroque loco observentur; *jus Germanicum* inde in universale describitur ac particulare. Quod quidem ad universale attinet, in sensu quidem grammatico illud vix datur. Enimvero cum a) multa juris capita legibus imperii universalibus contineantur, quæ omnes Germanos obligant; b) multa capita moribus per omnem Germaniam constituta, æqualiter obtineant; c) alia, quæ statu publico nituntur, item in omnibus provinciis sibi respondeant; d) jura particularia tantum non semper in nobilissimis fori materiis amice conspirent; facile colligitur, jus germanicum universale non existere tantum, verum sua quoque utilitate sese unice commendare, ut adeo ridicula sit & inficeta eorum sapientia, qui magno conatu maximas nugas agunt, dum non dari jus germanicum universale anxie demonstrant.

unwidersprechliche Folgen aus denselben annehmen, daß Herr von Selchov das Teutsche Privatrecht als wissenschaftliches System rechtlicher Grundsäze und als Sammlung gesezlicher Vorschriften, in Absicht auf den ganzen Zweck desselben, auf Allgemeinheit der Anwendung für ganz gleich beschaffen hielt, wie jedes allgemeine Gesezbuch, es mag in wissenschaftliche Form gebracht seyn oder nicht. Hätte er ein blos in der Theorie allgemeines Privatrecht angenommen, so würde er dasselbe von seinem jure germanico universali in thesi, das aus seinem angegebenen Begrif in Verbindung mit den daraus fliessenden unmittelbaren Folgen fliest, unterschieden, und seinen Beweisen für die wissenschaftliche Existenz einer solchen allgemeinen Teutschen Privatrechtstheorie, welche damit, wie es mit der Anwendung oder verbindenden Kraft einzelner Säze in einzelnen Gegenden gehalten werde, sich nicht beschäftiget, eine ganz verschiedene Richtung gegeben haben. Statt, daß nunmehr bey einem jeden Saz eine

ziem-

ziemliche Anzahl von Statuten angeführt wird, die auf solche Weise, öfters, wie es scheint, nach dem Gesez des Zufalls zusammengestellt, weder zu dem analogischen Beweis der theoretischen, allgemeinen Wahrheit eines Sazes, noch als vollständige Induction für die positive Allgemeinheit desselben in der Anwendung dienen können c).

§. 23.

Zur vollständigen Geschichte der Lehrart des Teutschen Privatrechts, und der Versuche zur Bestimmung des Begrifs und der Methode dasselbe zu bearbeiten würde eine umständliche Aufzählung des Innhalts aller einzelnen über diesen Gegenstand geschriebenen Abhandlungen gehören; allein sie würde beynahe nichts, als ermüdende Wiederholungen dessen enthalten, was bereits zu Bezeichnung der Fortschritte des Teut-

c) Man lese noch hiezu die Stelle in der Vorrede zur ersten Ausgabe p. 20.

Teutschen Privatrechts von Ge. Beyer bis auf Engau's und die folgende Zeiten bemerkt worden; denn auch hier bestätiget sich eine Bemerkung, die sich so häufig in der Geschichte der Litteratur wahrnehmen läst, daß gewöhnlich gewisse Säze von einigen Angeseheneren aufgestellt, und von den übrigen entweder wiederholt, oder auf ihre eigene Weise verarbeitet werden! Wenn man alles dasjenige vergleicht, was Joh. Ge. Cramer d), Christ. Gottfr. Hoffmann e), Joh. Jac. Moser f), Joh.

---

d) De conjungendo juris & antiquitatum Germanicarum ſtudio, ejusque ſubſidiis & adjumentis. Lipſ. 1735. 4.

e) In Diſſ. de jurisprudentiæ Germanicæ principiis & fontibus, ejusque diſcendæ atque tractandæ genuina ratione, GE. BEYERI delineationi jur. Germ. præmiſſa.

f) In den Grundsäzen vom Teutschen Privatrecht überhaupt. Tüb. 1738. 4. und in seinen opuſculis academicis. 1744. 4. p. 425. ſeqq.

Joh. Heumann [g], Georg Steph. Wiesand [h], Joh. Leonh. Banniza [i], Franz Sprengel [k], Joh. Diet. Mellmann [l] und Franz Xaver Steiert [m] über die Bearbeitung des Teutschen Privatrechts gesagt haben, so wird

---

g) In med. de juris Germanici studio utiliter persequendo, præmissa exercitationibus juris universi. Altorf. 1749. 4.

h) De jure Germanico melius perficiendo. Viteberg. 1766. 4.

i) In Disquis. ex jure germanico de utilitate atque necessitate studii juris germanici civilis communis. Vienn. 1761. 4. und in Disq. de requisitis perfecti systematis juris germanici civilis communis. ibid. 176 . 4.

k) Grundsäze von dem Teutschen Privatrecht überhaupt. Mannh. 1774. 4.

l) Kurze Betrachtung über die Geschichte und den Gebrauch des teutschen Privatrechts, vorangeschickt den merkwürdigen Rechtsfällen. Schwerin 1775. 8.

m) Ueber die Nothwendigkeit des Studiums des teutschen Privatrechts ꝛc. Wirzburg, 1787. 8.

wird man das gemeinschaftliche Resultat ihrer Ausführungen darinn bestehend finden, daß allgemeine Grundsäze desselben nothwendig, und zu deren Aufstellung die Kenntnis der alten, mittleren und neuen Rechte unentbehrlich seye. Aus der Vergleichung derselben müsse ein jus universale, wo möglich, zusammengestellt werden, welches aber immer grossen Schwierigkeiten unterworfen seye, weil der Beweis gröstentheils a particulari ad universale, von den besondern Bestimmungen einzelner Statuten auf die Beschaffenheit eines Rechtsinstituts im Allgemeinen geführt werden müsse. Ob aber dieses jus Germanicum ein jus universale in thesi seye oder blosse Abstraction analogischer Grundsäze zum Behuf der Interpretation einzelner Geseze enthalte? Diese Fragen sind in den angeführten Abhandlungen zum Theil gar nicht, zum Theil unvollständig untersucht worden [n]).

§. 24.

n) Von dem jure Belgico, welches seinem Ur-

§. 24.

Unter allen Schriftstellern über diese ersten Gründe des Teutschen Privatrechts sind vorzüglich Heinr. Friedr. Mylius o) und Wilh. Aug. Rudloff p) deswegen merkwürdig, weil sie beyde sich bestimmt darüber erklären, was nach ihrer Vorstellung Teutsches Privatrecht seye, und wie es bearbeitet werden müsse. Der erstere ist ganz für den Saz, daß es ein allgemeines Teutsches Privatrecht gebe, das nicht blos theo-

Ursprung und seiner ganzen heutigen Beschaffenheit nach sehr viel ähnliches mit dem Teutschen Recht hat, s. eine sehr schöne Abhandlung in Joh. Wilh. Marckarts Exercitationibus academ. Hardevic. 1751. 4. Exerc. I. de jurisprudentia Belgica cum Romana conjungenda.

o) De genuino Juris Germanici universalis hodierni privati civilis conceptu, mediisque illud meliorem in ordinem redigendi Lipf. 1751. 4.

p) Comment. de jure Germanico justa methodo tractando. Gœtting. 1767. 4.

theoretisch wahr seye, sondern wirklich allgemein gesezliche Rechtsprinzipien enthalte. Die Gründe, worauf er diese Behauptung stüzt, und der Begrif, den er vom Teutschen Privatrecht festsezt, sind hier um so merkwürdiger, weil Herr von Selchow in seinem Lehrbuch gerade bey der Festsezung des wichtigsten Puncts: ob es ein allgemeines Teutsches Privatrecht gebe, und in welchem Verstande? sich auf diese Abhandlung bezieht q) worinn auch alle von demselben gebrauchten Beweise für die Existenz seines juris germanici universalis enthalten sind. Der erste Grundsaz, auf welchem der ganze Beweis dieses in thesi allgemeinen Teutschen Privatrechts beruht, ist dieser: allgemeine Geseze und Gewohnheiten sind nicht blos diejenige, welche in ganz Teutschland gelten, sondern auch solche, die, wann schon nicht in allen, doch in den meisten, oder vielen Provinzen eingeführt sind, und der Innbegrif aller die-

q) cit. §. 6. elem. S. oben §. 22.

dieser Geseze und Gewohnheiten, welcher dieselbe auf ihre ächten Grundsäze zurückgeführt und geordnet vorträgt, ist das System des Teutschen Privatrechts r). Beynahe möchte man die Frage auf-

r) §. 2. l. cit. sagt er: *in jure Germanico per leges & consuetudines universales non solum eas intelligimus, quæ in tota Germania valent, sed etiam quæ licet non in omnibus, attamen in plerisque, vel multis ejus provinciis usu servantur.* Hoc axioma vel ideo primo ac fundamenti velut loco ponendum — ne quis statim in introitu sensu vulgari id adhibitum esse cogitet. Secundum enim proprium & vulgarem conceptum, τὸ universale, si de legibus respectu totius Germaniæ prædicetur, illæ leges & consuetudines intelliguntur, quæ ubique in omnibus provinciis usitatæ sunt — — In sensu autem improprio, quem recte juridicum appellas, si quis hac voce utatur, paullo alia de Jure Germanico universali civili hodierno nascitur idea; Ita enim LL. & consuetudines, quæ licet non in omnibus, attamen in plerisque Germaniæ

aufwerfen, wo man die Prüfung dieser Säze anfangen solle? Es ist eine mehr als noto-

niæ provinciis usu servantur, quoties earum convenientiam respiciamus, universales ab JCtis nuncupantur. Eodem modo JCti Jus Romanum, Canonicum & feudale Longobardicum, jura universalia respectu Germaniæ appellant, quum tamen hæc tria systemata non ubivis locorum — in foro adhibeantur. Dieser Unterschied zwischen allgemeinem Teutschem Recht im eigentlichen Verstand und im uneigentlichen, welcher der juristische seyn soll, ist eine Erfindung, die sich meinem Gefühl nach durch keinen Vorwand rechtfertigen läßt. Soll es so viel heissen, man nehme hier allgemein ab eo, quod ut plurimum fit, so ist schon dadurch, daß die Beyspiele für und gegen den Gebrauch eines Sazes gleich zahlreich seyn können, das schwankende dieses Prinzipiums sichtbar. Und nach welchen logischen Gesezen kann ein solches Prinzipium als erster Grundsaz bey einem System angenommen werden, dessen Structur nicht nur, sondern

notorische Sache, daß die allgemeine teutsche Reichsgeseze keine einzige Teutsche Privatrechtsmaterie ganz erschöpfen, daß sie sogar mehr mit Modifikationen einzelner Ma-

---

dern dessen innere Evidenz auf der bestimmten Richtigkeit oder Ungewisheit des ersten Grundsazes der Bearbeitung beruht? Soll aber dieses allgemeine Teutsche Privatrecht im uneigentlichen Verstande so genommen werden, wie z. B. die allgemeine Verbindlichkeit des Römischen Rechts, welche dennoch unerschüttert bleibt, es mag demselben in einzelnen Fällen derogirt werden, oder nicht, so fehlt gerade das Fundament dieser Analogie bey dem Teutschen Privatrecht; denn die verbindende Kraft aller einzelnen Partikulargeseze, aus welchen dasselbe doch gröstentheils zusammengesezt werden muste, erstreckt sich nicht über das Land oder die Stadt, für welche ein solches Statut gegeben ist, es kann kein jus commune von geseзlichem subsidiarischem Gebrauch daraus werden, wie das Römische Recht vermöge seiner Rezeption.

Materien des Römischen Rechts, welches sie schon bereits unter den gemeinen Rechten mit voraussezen, sich beschäftigen. Soll aus diesen wenigen Säzen das System des Teutschen Privatrechts zusammengesezt werden? Oder etwa aus wirklich allgemeinen Rechtsgewohnheiten, deren Existenz erst erwiesen werden mus? Und wie müste dieser Beweis von der allgemeinen Beobachtung einzelner zerstreuter Säze geführt werden s)?

§. 25.

s) Der Beweis, daß eine gewisse Rechtslehre, oder nur ein Grundsaz des Teutschen Rechts allgemein in Teutschland geltend seye, kann schlechterdings nicht so geführt werden, daß nicht die Besorgnis übrig bleiben müste, eine entgegengesezte Gewohnheit oder die Nichtbeobachtung eines solchen auch ziemlich allgemein gebrauchten Sazes seye an einem oder dem andern Ort wenigstens möglich. Wenn aber auch nur an einem Ort eine Rechtsgewohnheit nie in Gang gekommen, so kann doch offenbar auf diese Gewohnheit, ohne daß sie

spe-

§. 25.

So bleibt also wohl nichts übrig, als dasjenige für allgemeines Recht anzunehmen, was man so ziemlich häufig im Allgemeinen beobachten sieht. Wenn man dieses leztere Auskunftsmittel etwas näher untersucht, so wird man die Ursache seiner Entstehung bald gewahr, die zum Theil in der objectiven Beschaffenheit des Teutschen Privatrechts liegen mag. Einmal ist soviel gewis, es gibt gewisse Prinzipien, welche durch allgemeine Teutsche Reichsgeseze vorgeschrieben sind; daß diese ein jus universale constituiren, ist ausser Zweifel. Nun sind andere Materien des Teutschen Privatrechts, deren Entwicklung und Darstellung in allgemeinen Grundsäzen gleich nothwendig, aber durch keine allgemeine gesez-

speciell an diesem Ort erwiesen würde, nicht erkannt werden, und dieses würde bey einer in thesi allgemeinen Rechtslehre seyn müssen.

gesezliche Ausführung geschehen ist. Auf welchen Gründen beruht die Wahrheit und die ganze Existenz dieser Rechtslehren? Offenbar wäre viele Untersuchung abgeschnitten, wenn man darthun könnte, daß alle Teutsche Provinzialgeseze in der Annahme der nemlichen Rechtsinstitute und in den einzelnen Bestimmungen derselben übereinstimmen. Anf diese Art würde die Frage bald entschieden seyn, welche Rechtsgrundsäze einer jeden Lehre die allgemeine, in ganz Teutschland angenommene seyen, und der Wirkung nach würde ganz der nemliche Fall eintreten, als wenn durch ein allgemeines Gesezbuch eine gewisse Sammlung rechtlicher Vorschriften aufgestellt würde; die wissenschaftliche Bearbeitung würde sich nicht mit Festsezung und Berichtigung der Rechtsgrundsäze, sondern blos mit der Verarbeitung und möglichst richtigen Darstellung derselben beschäftigen. Dis ist nun aber bey dem Teutschen Privatrecht der Fall nicht. Man bemerkt häufige Wiedersprüche der verschiedenen Statuten in Bestimmung

der einzelnen Teutschen Rechtsmaterien. Hier mus also ein Prinzipium aufgestellt werden, woran wir erkennen können, was die ächte allgemeine Beschaffenheit und Grundsäze einer jeden Lehre seyen. Der kürzeste Weg ist augenscheinlich dieser, wenn man ein jus germanicum universale improprium annimmt, das zwar allgemein, aber nicht ganz allgemein ist, und nur auf der Uebereinstimmung der meisten Quellen beruht. Alsdenn fällt aller Zweifel weg, ob gerade diese meisten Statuten die richtige thesis enthalten, und die Wiedersprüche und Abweichungen einzelner gehören unter die Ausnahmen von der Regel. Die Säze nun, welche in dieser grössern Anzahl Statuten enthalten sind, werden sodann mit den wirklich allgemeinen reichsgesezlichen Vorschriften in Eines als eben so allgemein geltende Rechtswahrheiten zusammengestellt.

§. 26.

Eine unsicherere Art der Untersuchung der verschiedenen Teutschen Privatrechtsma-

terien kann es nicht wohl geben, die so wenig oder vielmehr ganz keine befriedigende Gewisheit über die Auffstellung einzelner Säze und ganzer Rechtslehren gewährte, als diese. Wenn wir auch annehmen wollten, daß der Fall nie geschehen könne, daß für zwey einander entgegenstehende Rechtsbestimmungen gleich viele Quellen auf beyden Seiten stünden, der selbst a posteriori nicht ganz verwerflich ist, denn mit dem mirificus concentus statutorum verhält es sich zuverläsig so ganz richtig nicht! wenn wir zugeben wollten, daß der wirkliche Fall nicht existiren könne, wo in verschiedenen Provinzialgesezen zwey einander ganz widersprechende Institute aufgestellt würden, was würde, selbst alles dieses zugegeben, aus diesem consensus statutorum, tantum non omnium, folgen, als daß vermuthlich diese oder jede Vorstellung von einer Rechtslehre an sich die richtige seye? Und sollte nun wohl die ganze theoretische Existenz solcher Säze und eines solchen Systems auf eine Vermuthung gegründet werden können,

nen, die so äusserst trüglich ist, da es eben so wohl möglich seyn kann, daß die grössere Anzahl der Statuten, jedes aus besondern Gründen, zusammentreffende Bestimmungen eines Instituts enthalten, die nicht aus der Notion des Instituts an sich herfliessen, sondern nach dem besonderen Verhältnis, in welchem es mit dem ganzen übrigen Zusammenhang der vielen individuellen und vielleicht übereinstimmenden lokalen Verfassungen und Gesezgebungen dem Institut beygesezt werden musten; wo es also gar wohl geschehen könnte, daß die wenigere Statuten, die vermöge des Prinzipiums als Ausnahmen von der Regel nicht zu achten seyn würden, die richtigern Grundsäze, aus der Natur des Instituts hergeleitet, enthielten t)?

§. 27.

---

t) Wenn z. E. von zwanzig Statuten, die von der Einkindschaft handeln, fünfzehen aus weitgedehnter Analogie dieser Lehre mit der Adoption den Saz aufstellten; daß der unirende Vater seine durch Ein=

§. 27.

So wie nun Mylius und Herr von Selchov ihr jus germanicum auf eine allgemeine Uebereinstimmung der Statuten zu dem Ende gründen, um daraus ein System allgemein geltender Rechtswahrheiten zusammen zu stellen, so benuzt im Gegentheil Rudloff diese nemliche Uebereinstimmung zur blossen Darstellung einer allgemeinen analogisch richtigen Theorie des Teutschen Privatrechts ohne Rücksicht auf Anwendbarkeit in einzelnen Fällen. Die Idee, die er ausführt, aber vielleicht nicht immer ganz getroffen hat, ist die Pütterische. Es ist oben bemerkt worden, daß Pütters

kindschaft erworbene Kinder so wie seine natürliche enterben könne, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, daß dadurch die angenommene Kinder von der, auch aus ihren vorhergehabten, nunmehro eingeworfenen, Gütern entstandenen, Vermögensgemeinschaft ausgeschlossen würden, so könnten die wenige entgegenstehende Statuten die richtigere Grundsäze enthalten!

ters Absicht gar nicht dahin gieng, ein solches Teutsches Privatrechtssystem aufzustellen, das durch die Uebereinstimmung vieler partikulärer Quellen auf allgemeine Beobachtung in praxi Ansprache machen könnte. Sein ganzer Plan war dieser, Grundsäze einer jeden Teutschen Rechtslehre aufzustellen, die an sich im Allgemeinen wahr seyen, sie mögen alsdenn in praxi überall angenommen seyn oder nicht. Je einleuchtender diese Idee schon beym ersten Anblick erscheint, desto tiefer mus man den Verlust bedauren, den das Teutsche Recht dadurch erlitten, daß dieser so sehr beschäftigte Gelehrte sich der Bearbeitung desselben nicht weiter widmen konnte, und blos die erste Idee angab, welche in Bearbeitung unseres vaterländischen Privatrechts zu befolgen seye, ohne die methodischen Grundsäze vollständig aufzustellen, nach welchen diese Allgemeinheit der Rechtsprinzipien richtig dargestellt werden können. Diese Lücke auszufüllen und den von Püttern gegebenen Winck zu benuzen war der Gegen-

genstand der Rudloffschen Abhandlung, die nun freylich etwas polemisch ausfiel u). Auch ihm ist es nicht um den Innhalt der einzelnen Statuten, sondern um die Uebereinstimmung derselben im Ganzen zu thun. Zur vollständigen und richtigen Kenntnis dieses allgemeinen Teutschen Rechtssystems ist historische Untersuchung nöthig, Zusammenstellung und Vergleichung aller Monumente des vaterländischen Rechts in chronologischer Ordnung, um daraus die successiven Fortschritte desselben in Teutschland mit Einem zu übersehen x). Aus der Uebereinstimmung der meisten Monumente, wenn auch nur in den hauptsächlichsten Puncten jeder Lehre ist alsdenn die allgemeine

u) Von seinem Streit hierüber mit Herrn von Selchov s. in dessen juristischer Bibliotheck II. B. S. 626. f. Rudloffs Vertheidigung in der Anzeige seiner Vorlesungen über das Teutsche Recht und den Reichsprozeß. Büzow 1776. 8.

x) §. 3. cit. comment.

meine Theorie festzusezen y), ohne Rücksicht auf die Beobachtung dieser allgemeinen Säze in einzelnen Fällen.

§. 28.

Besonders glücklich war unser Teutsches Privatrecht seit dem Anfang seiner wissenschaftlichen Bearbeitung durch gelehrte historische Erläuterungen einzelner Theile der ältern Teutschen Rechtsgeschichte und Alterthümer, durch Erforschung des Sprachgebrauchs der verschiedenen Zeitalter, der allgemeinen und speziellen Geschichte Teutschlands, wodurch über die Verfassungs- und Ge-

y) §. 21. „Sufficit modo (monumenta juris Germanici) 1) in momentis gravioribus, quæ circa aliquod institutum versantur, consentiant; & 2) pleraque tantum sibi convenire reperiantur. Uti enim de eo, quod plerumque evenit, seu de regula nobis tantum sermo est, ita unius alteriusque documenti dissensus generali theoriæ haud magis derogabit, quam aliquæ exceptiones ipsam regulam tollere dici queunt.

Gesezgebungsgeschichte ein vorzügliches Licht verbreitet wurde, durch Bekanntmachung und Zusammenstellung zuvor unbenuzter Hülfsmittel, durch Berichtigung der Geschichte einzelner Statuten und durch historische und thetische Bearbeitung einzelner Materien z). Besonders merkwürdig ist jedoch bey so vielen Erweiterungen des Teutschen Privatrechts und seiner Geschichte, daß in älteren und neueren Zeiten, selbst nach den Untersuchungen eines Pütters und von Selchov, die mit dem Anfang der wissenschaftlichen Cultur des Teutschen Rechts

---

z) Die Namen eines Kopp, Dreyer und so vieler anderer vortreflichen Männer, denen unser Teutsches Recht alle diese Vortheile zu danken hat, sind zu bekannt, als daß ich sie einzeln aufzählen sollte. Die Schriften über Teutsches Recht aus dem lezten Jahrzehend sind von Herrn Hofrath Storr in seiner juristischen Litteratur der Teutschen von 1771. und 1780. im I. und II. Th. Dessau 1783. und 1785. nach den Materien zusammenstellt.

Rechts entstandene Meinung von dem Ansehen der älteren Rechtsbücher des Mittelalters immer wieder aufs neue behauptet wurde. Es ist bekannt, wie sehr der Freyherr von Senkenberg, der durch seine historische Gelehrsamkeit das Teutsche Recht äusserst bereichert hat, das Ansehen der Rechtsbücher des Mittelalters und besonders des sogenannten Kayserrechts, das er zuerst in allgemeinen Umlauf brachte, verfochten und sogar behauptet hat, daß in diesem und in dem Sachsen- und Schwabenspiegel ein gemeines Recht des Mittelalters enthalten seye, dessen Gebrauch sich noch bis auf die heutige Zeit als Sammlung Teutscher Rechtsgewohnheiten erhalten habe a). Weiter als er gieng

a) Ich glaube, man würde diesem Gelehrten Unrecht thun, wenn man seine Meinung von der Autorität dieser Rechtsbücher weiter ausdehnte, da er z. B. von dem Schwabenspiegel ausdrücklich sagt, daß derselbe aus einem Landesrecht, zu einer

gieng neuestens Herr Professor Fi-
scher

---

einer in dem Gebrauch behaltenen gemeinen Landesgewohnheit geworden seye; in den Gedanken von dem jederzeit lebhaften Gebrauch des uraltteutschen bürgerlichen und Staatsrechts in denen nachherigen Reichsgesezen und Gewohnheiten, Frankf. 1759. 8. Cap. III. §. 13. Wie viele Mühe er sich besonders für das Ansehen des Kayserrechts gegeben, davon zeugen die Vorr. zu seinem Corpus juris feudalis Germanici, Frankf. 1740. 8. §. 8. und 26., worinn er dasselbe für ein wahrscheinliches Werk Conrads II. erklärte, welches er jedoch nachher in præf. Corporis Juris Germanici, Francof. 1760. fol. §. 10. und 11. wieder zurücknahm; seine Methodus Jurisprudentiæ, ibid. 1756. 4. Append. III. und visiones diversæ de collectionibus legum Germanicarum Lipſ. 1765. 8. cap. 3. Ein jus consuetudinarium universale medii ævi aus dem Sachsen- und Schwabenspiegel, jedoch mit Zuziehung einiger Statuten z. B. des Lübeckischen Stadtrechts statuirte **Mylius** in Diss. de jure consuetudinario universali Germaniæ medii ævi. Lipſ. 1756. 4.

scher b), der den Saz ausdrücklich behauptet, daß jene Rechtsbücher des Mittelalters wirkliche Geseze gewesen, als Gemeines Recht von jeher gegolten hätten, und noch heutiges Tags gesezliches Ansehen besizen.

§. 29.

Schon diese angegebenen Säze stehen so genau mit dem Begrif, welchen Herr Prof. Fischer von dem Teutschen Recht festgesezt hat, in Verbindung, daß es nothwendig seyn wird, uns einigermassen bey der näheren Erörterung seiner ganzen Vorstellungsart zu verweilen. Germanisches Recht ist ihm der Innbegrif von Gesezen, Verordnungen und Gewohnheiten, welche die Befugnisse und Verbindlichkeiten einer Person Teutschen Ursprungs sowohl

b) In dem angef. Entwurf einer Geschichte des Teutschen Rechts Leipz. 1781. 8. und in der Litteratur des Germanischen Rechts, ebend. 1782. 8.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

wohl einzeln betrachtet, als in Rücksicht auf gesellschäftliche Verbindung bestimmen c). Dieses Germanische Recht ist entweder kundgemachtes, oder Gewohnheitsrecht d). Jenes ist entweder unmittelbar von der gesezgebenden Gewalt kundgemacht, oder mittelbar bey der Kundmachung eines neuen Gesezes bestätiget worden. Von dieser Art sind alle Rechtssammlungen des Mittelalters, die in den Reichsgesezen unter der Benennung des gemeinen Rechts, des Kayserlich geschriebenen Rechts, der alten hergebrachten Rechte und Gewohnheiten bestätiget worden. Diese Rechtsbücher sind daher aus dem gedoppelten Grunde verbindlich, vermöge ihrer ursprünglichen Kundmachung und wegen der nachgefolgten Bestätigungen e). Das Gewohnheitsrecht aber theilt sich nach seiner grössern Ausdehnung in zwey Theile; in eigentliche Gewohn-

c) Litteratur des german. Rechts. §. 3.

d) §. 4.

e) §. 170 — 172.

wohnheitsrechte, Herkommen und Analogie f).

§. 30.

Unerachtet man in der Litteratur einer Wissenschaft, wo es eigentlich blos um historische Kenntnis der litterarischen Hülfsmittel derselben zu thun ist, keine vorläufige Auseinandersezung der wissenschaftlichen Begriffe selbst fordern kann, so erstreckte dennoch der Herr Professor auch hierüber seine Bemühungen; ob mit eben dem glücklichen Erfolg, wie bey dem wirklich sehr schön gesammelten litterarischen Vorrath? will ich nicht entscheiden. Eben so seze ich die Fragen bey Seite, die sich mir unwillkührlich aufdrangen: was denn nach dem angegebenen Begrif das für Befugnisse und Verbindlichkeiten seyen, die einen Menschen teutschen Ursprungs einzeln, ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verbindung betreffen, und auch einen Theil des Germanischen

f) §. 173.

nischen Rechts, das doch, so wie jedes auf einer bürgerlichen Gesezgebung beruhende Recht, auf sozielle Verhältnisse des Subjects, meinetwegen auch aller Völkerschaften Teutschen Ursprungs, gegründet ist, ausmachen? Wie sich Gewohnheitsrecht im ausgedehnteren Sinn gegen eigentliches Gewohnheitsrecht, das er nicht definirt hat, verhalte, so daß unter jenem ausgedehnteren Gewohnheitsrecht auch Analogie des Rechts begriffen seyn könne, deren ganze Function doch blos ihrem Wesen nach in richtiger Auffindung von Aehnlichkeiten aller Art, und in der Jurisprudenz von Aehnlichkeiten gewisser Fälle und darauf sich beziehender gesezlicher Vorschriften, besteht? Dieses alles beyseite gesezt scheint mir vorzüglich diese Frage wichtig: Ob dann wirklich die Rechtsbücher des Mittelalters, der Sachsen- und Schwabenspiegel, das Weichbild und das Kayserrecht noch heutiges Tags als verbindende Geseze für Teutschland anzusehen seyen? eine Frage, die, wie mir däucht, nicht sowohl durch

die

die innere Gründe, welche für ihre Bejahung streiten, als durch das Ansehen gelehrter Männer, welche jenen Saz vertheidigten, wichtig geworden ist.

§. 31.

Die Gründe, worauf dieses heutige gesezliche Ansehen jener alten Rechtsbücher beruhen soll, sind diese, daß dieselbe wo nicht unter öffentlicher Autorität verfertiget, doch von der höchsten Gewalt in Teutschland ausdrücklich bestätiget worden seyen, auch als Gewohnheitsrechte sich erhalten haben g). Mir däucht, man hat bey diesen

g) Herr Prof. Fischer sagt selbst in der angef. Litteratur §. 168. „demnach gehört „zum kundgemachten Rechte (nemlich zummittelbar kundgemachten oder bestätig„ten!) die Rechtssammlungen des Mit„telalters, nemlich die beyden Spiegel, „das Weichbild, und das Kayserrecht.„ und §. 175. in der Note p. 175. „Sie „ha-

sen Säzen nicht einmal den eigentlichen Streitpunct festgesezt, sonst würden sie wohl mehr Bestimmtheit erhalten haben. Man bedenke nur die Folgen, welche in gewisser Rücksicht bey den beyden angegebenen Fällen, wenn nemlich jene alte Rechtsbücher als wirkliche Geseze, oder wenn sie blos als Sammlung von Rechtsgewohnheiten anzusehen wären, sich äussern müsten! Es ist zwar unläugbar, daß eine Rechtsgewohnheit eben die verbindende Kraft hat, als ein ausdrückliches Gesez, daß also Rechtsgewohnheiten, welche z. B. im Schwabenspiegel enthalten sind, wenn sie noch im Gebrauch beobachtet werden, eben die rechtliche Wirkung haben können, als Vorschriften positiver Geseze. Allein diese Gültigkeit solcher Rechtsgewohnheiten ist nicht so unbedingt festgesezt, wie die verbindende Kraft wirklicher Geseze. Der Beweis, daß

„ haben also eine Rechtsverbindlichkeit,
„ man mag sie als Geseze oder als Ge-
„ wohnheiten betrachten. „

daß diese oder jene Rechtsgewohnheit noch wirklich beobachtet werde, mus erst geführt werden h); denn so notorisch sind die in den Rechtsbüchern des Mittelalters gesammelte Gewohnheiten durch diese Sammlung für uns zuverläsig nicht geworden, daß man durch die Berufung auf das Sächsische Weichbild zum Exempel den Beweis der Notorietät einer darinn angeführten Rechtsgewohnheit führen könnte. Davon sind die Menge veralteter heut zu Tage schlechterdings unanwendbarer Säze, die in derselben enthalten sind, wohl die sichersten Beweise, daß z. B. der Sachsenspiegel als solcher einer Rechtsgewohnheit heutiges Tags keine unbedingte Gültigkeit mittheile, sondern

h) Mit diesem aus der Natur der Sache fliessenden Saz, daß eine jede Gewohnheit, sobald sie nicht ganz notorisch ist, erwiesen werden müsse, stimmt die Praxis vollkommen überein. Cf. LAUTERB. Colleg. theor. pract. Lib. I. Tit. 3. §. 41 — 43. GAIL observ. pract. Lib. II. obs. 31.

dern daß immer noch bey jeder Rechtsmaterie, die darinn vorkömmt, die Frage entstehen müsse: ob dieselbe wirklich noch im Gebrauch seye? Gilt nun aber diese oder jene Rechtsgewohnheit noch jezo, so gilt sie, weil der Beweis geführt worden ist, daß sie bis auf neuere Zeiten sich in Anwendung erhalten habe, und nicht deswegen, weil sie in einem der alten Rechtsbücher enthalten ist. Und dann ist der ganze Streit um die Gültigkeit des Sachsen- und Schwabenspiegels, des Weichbilds und Kayserrechts nichts, als leerer unbedeutender Wortstreit, sobald man diese Rechtsbücher als blosse Sammlung von Gewohnheiten ansieht, weil man eben dadurch noch immer die Nothwendigkeit des faktischen Beweises, daß eine jede, in einem solchen Rechtsbuch enthaltene, Gewohnheit sich im Gebrauch erhalten habe, zugestehen mus, wenn man anders nicht gegen alle historische Wahrheit die notorisch allgemeine heutige Observanz jener ganzen Rechtsbücher behaupten will.

§. 32.

§. 32.

Nimmt man im Gegentheil gesezliches Ansehen jener vier alten Rechtsbücher an, so sehe ich wiederum nicht, wie man diese Behauptung ohne die auffallendste Inconsequenzen rechtfertigen kann. Es sind nur zwey Fälle denkbar. Entweder behauptet man, daß sie ehemals ein jus commune für Teutschland gewesen seyen, oder daß sie nur in gewissen Provinzen gegolten hätten. Wäre das leztere, so müste, wenn auch noch der heutige gesezliche Gebrauch derselben für gewisse Provinzen ausser Zweifel wäre, doch offenbar bestimmt angegeben werden: wo gilt Weichbildsrecht, wo Sachsen- oder Schwabenspiegel? u. s. w. Dis ist nirgends geschehen, selbst von älteren Zeiten ist nicht mit unbezweifelter Genauigkeit gezeigt worden, was terra juris Saxonici und Suevici gewesen sey; besonders aber von neueren Zeiten wird der mit jener Behauptung verbundene Beweis bey der Menge neuerer Provinzialgeseze und Statuten, die in den verschiedenen Gegen-

den Teutschlands nebst den subsidiarischen fremden Rechten eingeführt sind, wo man von Sachsen= und Schwabenspiegel wohl gar nichts mehr in den Gerichten hört, unmöglich geführt werden können. Doch dieser Beweis würde hinwegfallen, wenn jene alte Rechtssammlungen ein jus commune, und zwar der Voraussezung nach, wirklich allgemeine Gesezbücher gewesen wären! Allein auch hier entstehen neue Schwierigkeiten, sobald man den Character eines juris communis auf jene Rechtsbücher, jedes einzeln für sich genommen, anwenden und mit denjenigen historischen datis zusammenstellen will, welche die Geschichte derselben wirklich aufbehalten hat. Wer hat z. B. je behauptet, oder Einen Beweis aufgefunden, daß das Magdeburgische Weichbild in Bayern, Franken oder Schwaben, als Rechtssammlung, ich will nicht sagen, als Gesezbuch gebraucht worden sey i)? Wer hat den Be=

i) S. Bernh. Friedr. Rud. Lauhns vorläuf. Anzeige von dem Alter des von den

Beweis geführt, daß das sogenannte Kayser-recht je in Sachsen bekannt gewesen oder in den Gerichten angewandt worden seye k)? Ist

den Schöppen zu Magdeburg abgefaßten Magdeburgischen Rechts ꝛc. in Herrn Prof. **Schotts** Sammlung zu den Teutschen Land- und Stadtrechten I. Th. Leipz. 1772. 4. p. 23.

k) Herr von **Senkenberg** hat zwar in dem III. Cap. der Gedanken von dem lebhaften Gebrauch der altteutschen Rechte den ehmaligen allgemeinen Gebrauch des Kayserrechts in Teutschland und besonders auch in Sachsen behauptet. **Grupen** in den Observationibus rerum & antiquitatum germanicarum & romanarum Halle 1763. 4. Obs. 30. cap. 2. p. 494. seq. hat jedoch alle seine Beweise einzeln geprüft und vollständig wiederlegt. Und wenn auch alle die Beweise, welche **Kopp** von der ältern und neuern Verfassung der Geistlichen und Civilgerichte in den Hessen-Casselischen Landen, im I. Th. I. St. §. 18. sq. für den Gebrauch des Kayserrechts in Hessen gesammelt hat, keinem Zwei-

Ist der Sachsenspiegel blos eine für Sachsen, und für Sächsische Rechte gemachte Sammlung, und eben so der Schwabenspiegel blos ein Rechtsbuch für Schwaben? Wie verhalten sich insbesondere diese beyden Mo-

Zweifel unterworfen sind; wenn es ausgemacht ist, daß diese Sammlung in verschiedene alte Stadtbücher z. B. in Oesterreich eingetragen, und als Rechtsbuch gebraucht worden; so folgt aus allem diesem weiter nichts, als daß in dem alten Hessen und in den übrigen noch angeführten Orten dasselbe im Gebrauch gewesen. Aber ein jus commune daraus herleiten zu wollen, besonders bey dem Verdacht, welcher aus der Allgemeinheit des Namens Kayserrecht, der dem Römischen Recht und allen alten teutschen Rechtssammlungen in den Urkunden bekanntermassen häufig beygelegt wird, gegen manche Beweise entspringen mus, dazu ist man durch keine historische Gründe berechtiget. S. die sehr schöne critische Beurtheilung dieses Kayserrechts von Herrn Prof. **Rudolph** in der Abh. de vetere legum collectione vulgo jus Cæsareum dicta. Erlang. 1759. 4.

Monumente zur ganzen Gesezgebung des Mittelalters?

§. 33.

Eine etwas nähere Erörterung dieser beyden Rechtsbücher, des darauf gegründeten juris communis des Mittelalters und ihres heutigen gesezlichen Ansehens wird hier um so zweckmäsiger seyn, je augenscheinlicher es ist, daß die Prüfung jener beyden Behauptungen auf wenigen Hauptmomenten beruht, die schon längst vor mir gesagt [1]), aber, wie es scheint, absichtlich von den Vertheidigern jener Säze bey Seite gestellt worden sind. 'Daß beyde Rechtssamm-

1) Sehr viele data haben hiezu gesammelt Harpprecht von Harpprechtstein in der deductionsmäsigen Untersuchung: speculi Suevici & præsertim Juris Feudalis Alamannici in foris vicariatus Suevo Franconico - Palatini non usus modernus. Kiel. 1723. 4. besonders aber GONNE de commento speculi Suevici nec non juris Suevici, sine alamannici, quod in illo haberi creditur. Erlang. 1753. 4.

sammlungen ursprünglich Privatsammlungen gewesen, ist keinem Zweifel unterworfen. Der Sammler des Sachsenspiegels ist zu bekannt, der Verfasser des Schwabenspiegels war höchstwahrscheinlich ein Geistlicher m). Daß sie auf kayserliche Veranlassung verfertiget worden, ist ohne allen historischen Beweis, auch eine nachherige kayserliche ausdrückliche Bestätigung ist völlig unerwiesen n). Und nur aus dieser könnte ge-

m) Hieron. von der Lahr in præf. juri provinciali Alemann. præmissa §. 9. im II. Th. des Senkenbergischen Corpus Juris Germanici.

n) Herr Prof. Fischer hat in dem Entwurf einer Geschichte des teutschen Rechts §. 28. eine beträchtliche Anzahl Stellen gesammelt, wodurch er solche kayserliche Bestätigungen des Sachsen- und Schwabenspiegels und des Kayserrechts darzuthun sich bemüht hat. Es sey mir erlaubt, diese Beweise einzeln zu prüfen! SPANGENBERG in Chron. Querfurt. ad a. 1213. schreibt, Friedrich II. habe in diesem Jahr

gefolgert werden, daß die beyden Spiegel
zu

Jahr zu Marburg einen grossen Reichstag gehalten, den Sachsen ihr Lehnrecht bestätiget, und den Sachsenspiegel verbessert. Nun weist die Geschichte keinen in diesem Jahr zu Marburg gehaltenen Reichstag, sondern nur einen Hoftag zu Hagenau und Eger, (**Häberlins** allgem. Welthist. I. B. S. 718-721.) und der Sachsenspiegel (wenigstens derjenige, so jezt unter diesem Namen bekannt ist!) war höchstwahrscheinlich damals noch nicht verfertiget! (die Beweise hievon S. in **Walchs** Rechtsgeschichte p. 381. 382.) Wie kann eine solche Nachricht nur angeführt werden? Ferner soll **Gottfried** von Cölln ad a. 1234. bezeugen, daß **Friedrich** II. auf dem Reichstag zu Maynz die alte Rechte bestätiget, und neue errichtet habe, teutonico sermone in membrana scripta omnibus publicata. (S. Annales GODOFRIDI *Coloniensis* in FREHERI scriptor. rer. Germ. T. I. ed. STRUVII, p. 400.) Allein dieser Reichstag wurde erst 1235. gehalten: die Stelle des Annalisten selbst bezieht
sich

zu den mittelbar durch gesezliche Bestätigung kund-

sich darauf, daß Friedrich II. die alte Rechte bestätiget, und die neue Verordnung des Reichstags in teutscher Sprache bekannt gemacht habe. Auch der Reichsabschied von 1235. selbst (in der neuen Sammlung der Reichsabschiede T. I. p. 19. sqq.) erwähnt des Sachsenspiegels mit keinem Wort; er verordnet, daß man an den Gerichten recht richten soll, als des Lands Syt und Gewohnhait sey (Cap. VI.); und in der von Herrn Fischer angef. Stelle: „man soll auch die weltlichen Gericht an ihrem Recht behalten" (Cap. XV. nach Goldasts Lesart) wird diese Verordnung im Gegensaz gegen die geistlichen Gerichte gemacht, welchen kaum zuvor die geistlichen Rechte als Richtschnur angewiesen werden. Wo ist nun in allem diesem eine Spuhr von Bestätigung oder Vermehrung des Sachsenspiegels? (Vergl. über die angef. Stelle Gottfrieds von Cölln und den Reichsabschied von 1235. Herrn Hofrath Gatteres ganz vortrefliche Abh. de

epocha

kundgemachten Recht des Mittelalters gehöre, denn

---

epocha linguæ theotiscæ in publicis imperii constitutionibus; in commentat. Societatis Regiæ Gœttingens. T. III. ad a. 1780.) Noch weniger beweisen der daselbst angeführte Eingang und die Glosse des sächsischen Lehnrechts, worinn Kayser Friedrich, ohne zu bestimmen, welchem? die Abfassung desselben zugeschrieben wird. Es ist nur allzubekannt, wie die Zuverläßigkeit solcher historischen Nachrichten beschaffen ist: wird doch z. B. in dem VI. Art. des neueren Weichbildrechts Nimrod zugleich mit Carln dem Grossen und Otto als Verfasser desselben genannt! **Walchs** Rechtsgeschichte, p. 388. Eben so wenig kann aus folgender Stelle eines Basler Codex des Schwabenspiegels eine Bestätigung des leztern von Rudolf von Habsburg hergeleitet werden. Die ganze Stelle bey SENKENBERG in Visionibus cap. IV. §. 82. ist diese: „Dis „buch is dorumb gemacht und geschriben „wer sich nut woll verrichten kan von „maniger Sach das der dis buch gern „horre lesen wand es bewert alle Sache

 „der

denn alle nachherige kayserliche Bestätigungen

„der man bedarf ze weltlichem Gericht,
„und wart es gemacht und vollenbracht
„zu Nuremberg in eym beruffnem Hoffe
„do man zalt von Gottes Geburt tusent
„zwei hundert und aht und ahzig Jahr.“
So lautet gewis keine kayserliche Bestätigung eines Gesezbuchs; und wenn man die ganze Stelle auch blos als Nachricht des Abschreibers ansehen will, so beweist sie, besonders da der Codex nicht gleichzeitig sondern erst aus dem XIV. Jahrhundert ist (SENKENBERG l. c. §. 82.), nichts, als daß höchstens auf einem Hoftag zu Nürnberg a. 1282. eine Abschrift von einem Schwäbischen Landrecht gemacht worden, wovon dieser Codex etwa wieder eine Abschrift seyn könnte. Aber eine kayserliche Bestätigung des Schwabenspiepels beweist sie so wenig, als die zugleich angeführte Stelle der Cöllnischen Chronick von 1499., nach welcher K. Maximilian I. einigen Städten Reichsstädtische Privilegien ertheilt hat, eine von diesem Kayser geschehene Bestätigung des Fränkischen Kayserrechts.

gen o) der alten Sitten und Gewohnheiten änderten die ursprüngliche Eigenschaft dieser bestätigten Gewohnheitsrechte nicht; wenn es auch nicht erwiesen wäre, daß in einer Menge Materien der Sachsen- und Schwabenspiegel, wo nicht von Anfang ausser Gebrauch gewesen, doch wenigstens unbrauchbar geworden sind; daß keine teutsche Rechtsmaterie für die Bedürfnisse eines verfeinerten Zeitalters vollständig in denselben entwickelt und dargestellt ist, und daß was sich von solchen, in den Spiegeln befindlichen, Materien erhalten hat, nicht in jener ältern Form, längst ohne Rücksicht auf

rechts. Diese etwas genaue Zergliederung solcher einzelnen Beweise, wodurch zwey für die teutsche Rechtsgeschichte nicht unwichtige Facta erwiesen werden sollen, sey eine Probe, wie wenig die Geschichte durch dergleichen Inductionen bereichert werde!

o) wovon in der Litteratur des German. Rechts §. 175. eine ganze Reyhe angeführt sind.

auf jene alte Rechtsbücher, entweder durch neuere Statuten oder fortgesezte, und durch die Praxis erweiterte, Rechtsgewohnheiten beybehalten worden. Wenn man vollends bis zur Evidenz darthun kann, daß besonders der Schwabenspiegel mehr eine mit Römischem und Canonischen Recht vermehrte Abschrift des Sachsenspiegels war p), als eine authentische Urkunde von der wahren damaligen Beschaffenheit des Schwabenrechts, daß man bey der grossen wesentlichen Verschiedenheit der Abschriften desselben nicht einmal gewis sagen kann, ob es nur Eine Sammlung des Schwäbischen Landrechts (denn den Namen Schwabenspiegel gab Goldast ihm zuerst q!) gegeben habe, welche wir jezt unter dem Namen Schwabenspiegel besizen, oder ob es nicht verschiedene, hie und da schon durch ihre gemeinschaftliche Quellen ähnlich gewordene, Rechts-

p) Von der Lahr cit præf. speculi Alemanici §. 4-20.

q) GONNE in der angef. Abh. §. 20.

Rechtssammlungen seyen r)? so wird man beynahe mistrauisch, ob man nicht dem Scherz einiger Gelehrten, daß diese Sammlungen wirkliche Gesezbücher des mittlern und neueren Zeitalters seyen s), zu viel Ehre angethan, und denselben als ihr ernstlich gemeintes Urtheil aufgenommen habe t).

§. 34.

r) Ebendas. §. 19.

s) Die Rechtsbücher des Mittelalters sollten sogar in der Cammergerichtsordnung von 1495., die so sichtbar Römisch ist, ausschliessungsweise für das Römische Recht als des Reichs gemeine Rechte bestätiget worden seyn. Man sehe nur diese Cammergerichtsordnung selbst und die Urtheln desselben an, welche der Freyherr von **Harpprecht** in dem Statsarchiv des kayserlichen und Reichs-Cammergerichts gesammelt hat, so wird man sich am besten von dem gesezlichen dem Römischen Recht, neben den hergebrachten Gewohnheiten, beygelegten Werth überzeugen können.

t) Von der nemlichen Art und wohl noch etwas gewagter war die Behauptung eines

Kulpis und anderer, daß die ältesten teutschen Geseze der einzelnen alten Völker noch heutiges gesezliches Ansehen verdienten. Doch diese Meinung ist längst von **Schilter** und andern wiederlegt! Schon **Leibnitz** ruft im Unwillen aus: „eant „nunc, & veteres Germanorum leges „revocent in usum viri docti, explosis „Romanis, hoc est, a fruge ad glandes „revertantur. Scriptor. rer. BRUNSVIC. „Tom. I. p. 79. Und was würde z. B. der Schwabenspiegel, und noch mehr das Kayserrecht mit der Menge unverdauter untereinander geworfener Säze des Römischen Rechts für ein schönes Monument altvaterländischer Rechte seyn? Ich wünschte nur, daß die Vertheidiger des gesezlichen Gebrauchs dieser Sammlungen ein Jahr lang bey einem Gericht darnach sprechen müsten. Wie dankbar froh würden sie zu dem, selbst für jene Rechtsbücher schon nothwendigen subsidiarischen Römischen Recht zurückkehren!

rechts seit seiner wissenschaftlichen Bearbeitung, und der verschiedenen dabey zum Grund gelegten Vorstellungsarten leitet uns, wie mich däucht, am schicklichsten nicht nur auf die historische Kenntnis der verschiedenen Meinungen, sondern insbesondere auch auf richtige Schäzung derselben und der dafür vorgebrachten Gründe, welche mit diesen Meinungen vorgetragen werden mußten, und am kürzesten zugleich geprüft werden konnten. Die Resultate dieser historischen Darstellung und Prüfung sind folgende. Es gibt vorzüglich zwo Hauptmeinungen über das teutsche Privatrecht. Einige sezen zur Aufstellung der Grundsäze desselben einen besonders grossen Werth auf die ältesten Geseze der Teutschen, und noch mehr auf ihre Rechtsbücher des Mittelalters, zum theil ohne sich bestimmt über die Gründe dieser Behauptung zu erklären, (§. 17. 18.) verschiedene aber auch unter denselben, und zwar in älteren und neueren Zeiten, mit ausdrücklicher Behauptung des heutigen sowohl, als ursprünglichen gesezlichen Ansehens

hens der altteutschen Geseze und vorzüglich der Rechtsbücher des Mittelalters. (§. 14. 28 — 33.) Andere gestehen allen diesen Monumenten des Teutschen Rechts einen blos historischen Gebrauch zu. Die Quellen des heutigen Teutschen Rechts sind ihnen die allgemeine Teutsche Reichsgeseze, wo diese etwas fürs Teutsche Privatrecht verordnen, und die heutigen Landes- und Stadtgeseze (Statuten). Allein auch diese Rechtslehrer weichen sehr von einander ab; einige behaupten ein allgemeines, überall in Teutschland geltendes Privatrecht, ein jus germanicum universale in thesi, (§. 21. 22. 24. 26.) einige eine blos im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf Gültigkeit derselben in einzelnen Fällen aufzustellende analogische Theorie des Teutschen Privatrechts, jus germanicum analogicum. (§. 20. 27.)

§. 35.

Daß das gesezliche Ansehen der alten Rechtsbücher Teutschlands nicht einmal von

dem

dem ursprünglichen Zeitalter derselben, geschweige für das heutige Teutschland erwiesen werden könne, ist umständlich und mit Prüfung der einzelnen für diese Meinung vorgebrachten Gründe dargethan worden. (§. 29 — 33.) Sollen aber die alten Rechtsbücher als blosse Sammlungen von Gewohnheiten gelten, so sind diese bey der Menge von Beyspielen, wo dieselben nicht beobachtet werden, nicht so notorisch, daß nicht in jedem einzelnen Fall die Beybehaltung einer darinn enthaltenen Rechtsgewohnheit als res facti erwiesen werden müste, (§. 28.) und dann ist die ganze Sache ein Wortstreit, weil niemand den historischen Gebrauch dieser Monumente des altteutschen Rechts läugnet. Wichtiger ist die Frage, ob ein solches Teutsches Privatrecht möglich sey, welches nicht nur an sich allgemeine sondern überall anzuwendende Rechtswahrheiten enthalte? so wie Mylius behauptet. Auch die Gründe für diese Meinung sind oben umständlich geprüft worden. (§. 21 — 26.) Es ist

 wahr,

wahr, es gibt allgemeine reichsgesezliche Vorschriften, diese sind von der Beschaffenheit, daß, wenn das ganze System des Teutschen Privatrechts aus solchen zusammengesezt wäre, der Fall allerdings eintreten würde, wo jeder darinn enthaltene Saz nicht nur als allgemeine, mit dem System der ganzen Gesezgebung zusammenstimmende, Rechtswahrheit, (freylich immer den Fall einer Anomalie ausgenommen), sondern auch als allgemein geltende gesezliche Vorschrift angesehen werden müste. Allein der gröste Theil des Teutschen Privatrechts beruht nicht auf solchen Verordnungen allgemeiner Reichsgeseze, sondern auf dem Innhalt einer Menge partikulärer Quellen und besonders Statuten, wovon jede nur ein lokal verbindendes individuelles Ansehen hat, ohne alle Beziehung auf andere Gegenden oder Personen, für welche dieses Statut, dieser Familienvertrag, diese besondere Gewohnheit keineswegs verbindend ist. Es wird jedoch alles auf Uebereinstimmung der Statuten reduzirt; diese sollen ganz besonders

ders in den einzelnen Materien übereinkommen, und dann darf diese Uebereinkunft sich nur über die Hauptpuncten erstrecken, und auch nicht gerade in allen Statuten befindlich seyn. Abgerechnet nun, daß 1) die Grundsäze von mehreren wichtigen Teutschen Privatrechtsmaterien z. B. Primogenitur, Majorat u. s. w. nicht aus den Statuten geschöpft werden können, daß 2) andere Theile des Teutschen Rechts z. B. die Lehre vom Adel im Ganzen genommen weder auf Familienverträgen noch auf allgemeinen Teutschen Reichsgesezen oder Statuten beruhen, sondern auf der Untersuchung ihrer Entstehung und Verbindung mit der Teutschen Verfassung, daß also 3) bey diesem auf die blosse Zusammenstellung der Statuten gebauten Prinzipium die ersten Grundsäze der Bearbeitung solcher, in den Statuten nicht enthaltenen Materien keine Bestimmung erhalten, und folglich 4) der ganze aufgestellte Begrif eines juris germanici universalis, das überall auf gleiche Weise, vermöge der Uebereinstimmung der Statuten, wie

ein jus commune, als geltend zu halten seye, auf diese Theile des Teutschen Privatrechts gar nicht angewandt werden kann: so treten selbst bey denjenigen Rechtslehren, welche aus dem Innhalt der Statuten geschöpft werden müssen, solche Schwierigkeiten ein, welche die Universalität auch nur dieser einzelnen Materien, in dem angenommenen Sinn, zernichten.

§. 36.

Bey der Behauptung, daß wenigstens der gröste Theil der Statuten, wenn auch nur in den Hauptpuncten, übereinstimmen, bildet man sich zuverläsig eine etwas willkührliche, der Erfahrung wiedersprechende Idee von der Beschaffenheit der Statuten. Ich läugne nicht, daß manche Statuten einander ähnlich seyn können, und wirklich einander ähnlich seyen, nicht blos deswegen, weil öfters eines aus dem andern ausgeschrieben ist, sondern auch wegen der Identität des Gegenstands, den sie behandlen. Aber zuverläsig ist dieser mirificus

con-

consensus so auffallend nicht, wenn man sorgfältigere Vergleichungen der Statuten anstellt! Wer will bey unsern Teutschen Statuten, die oft in Festsezung der ersten Begriffe, ich darf sagen, so nachläsig sind, so leicht eine Uebereinstimmung derselben in den Hauptmomenten einer Rechtslehre finden, wo man oft genöthiget ist, aus speziellen Säzen, die darinn ausgedrückt sind, auf die zum Grund gelegte Hauptideen eines Instituts zurück zu schliessen? Und lassen sich dann bey jeder Rechtslehre aus gewissen etwa auch bestimmt ausgedrückten Axiomen alle einzelne, oft sehr wichtige Bestimmungen derselben, ohne vollständigere Einsicht in ihren ganzen Zusammenhang mit den übrigen Materien, womit sie durch gegenseitige Einwirkung verwebt ist, herleiten? Wenn aber auch wirklich die meisten Statuten (denn von allen behauptet es doch wohl niemand?) in den Hauptpuncten einer Rechtslehre zusammenträfen, wenn der sehr mögliche, oben (§. 25.) erwähnte Fall gar nicht denkbar wäre, daß

die kleinere Anzahl von Statuten die richtigere, objectiv wahre, Grundsäze eines Rechtsinstituts enthielten, was würde daraus folgen? Nichts als höchstens die Wahrscheinlichkeit, daß diese oder jene Lehre, auf eine gewisse Art in den meisten Statuten bestimmt, an und für sich die richtigere seye! Eine verbindende Kraft dieser Säze, als ob sie juris communis wären, kann der Natur der Sache nach daraus nicht hergeleitet werden, eben so wenig als eine rechtliche Vermuthung, daß an jedem besondern Ort, in jeder besondern Gegend die allgemeine Gültigkeit derselben anerkannt werde. Und darinn liegt doch der Character dieser angegebenen Universalität des Teutschen Privatrechts!

§. 37.

Höchstens könnte also diese hypothetisch angenommene Zusammenstimmung der meisten Statuten eine Vermuthung für die Richtigkeit der in diesen enthaltenen Grundsäze erregen! Allein so lange der entgegen-

ge-

gesezte Fall noch möglich ist, und a priori schlechterdings nicht, sondern erst nach vollständiger Untersuchung einer jeden Materie geläugnet werden kann, so lange diese auffallende Uebereinstimmung mehr nicht, als eine willkührliche, öfters unhistorische, Voraussezung ist, so lange mus selbst die schwächere Ansprache, welche dieses Prinzipium eines juris privati Germanici, in thesi universalis, nach wirklich geschehener Berichtigung jener vorausgesezten Uebereinstimmung des grössern Theils der Statuten, zum ersten Grundsaz eines Rechtssystems kaum haben dörfte, unbedeutend und als unbrauchbar zum evidenteren Erweis allgemeiner richtiger Grundsäze verwerflich bleiben.

§. 38.

Es bleibt demnach für die Möglichkeit der Aufstellung eines Teutschen Privatrechtssystems im Allgemeinen durchaus kein denkbar richtiger Weg möglich, als dieser, eine solche Theorie desselben aufzustellen, deren gan-

ganzer Werth auf der innern Wahrheit und Richtigkeit ihrer Grundsäze beruhte, ohne in Bestimmung der leztern darauf Rücksicht zu nehmen, wie etwa durch dieses oder jenes Statut im Einzelnen eine Rechtsmaterie bestimmt seyn möchte. Eine solche allgemeine Theorie würde allen oben (§. 7—9.) aus einander gesezten Bedürfnissen, welche die Aufstellung allgemeiner Grundsäze des Teutschen Privatrechts nothwendig machen, entsprechen. Sie würde, zu einem System erhoben, nicht nur ein höchstbrauchbares Hülfsmittel der Interpretation einzelner Statuten seyn, sondern auch im Fall ein Statut nichts, als die Gültigkeit eines Instituts bestimmte, oder wenigstens kein Verbot oder Abschaffung desselben enthielte, am zweckmäsigsten die Stelle des positiven Rechts bey vorkommenden richterlichen Entscheidungen vertreten u). Auf welchen Grün-

u) Und wenn auch hie und da ein allgemeiner reichsgesezlicher Grundsaz in einer Rechtslehre vorkommt, so würde dadurch die

Gründen beruht nun aber die Aufstellung dieser allgemeinen Teutschen Privatrechtstheorie, oder um des Pütterischen Ausdrucks mich zu bedienen, dieses analogischen Teutschen Privatrechts? So wie **Mylius** sein allgemein geltendes Teutsches Privatrecht auf die Uebereinstimmung des grössern Theils der Statuten gründet, um daraus die allgemeine Gültigkeit und Beobach-

die objective Allgemeinheit, als einzig richtiges Prinzipium einer Theorie des Teutschen Rechts um so weniger gehoben, als selbst keine einzige Rechtslehre ist, die auf solchen allgemeinen gesezlichen Vorschriften mit Ausschluß mehrerer aus Vergleichung anderer Rechtsmonumente zu abstrahirenden Säze beruhte. In Absicht auf jene einzelne allgemeine Säze aber würde die wissenschaftliche Bearbeitung keine Veränderung machen, sie blieben an sich positives Recht, nur in objectiven Zusammenhang mit den übrigen allgemeinen (analogischen) Grundsäzen einer jeden Rechtslehre gestellt.

achtung desselben herzuleiten, so reduzirt Rudloff in seiner Ausführung der nur angegebenen Pütterischen Idee auf diese nemliche Uebereinstimmung der Teutschen Rechtsmonumente seine Analogie des Teutschen Privatrechts, und behauptet, daß dieselbe hinreichend zur Abstraction einer analogischen Teutschen Rechtstheorie seye, (§. 27.).

§. 39.

Die Richtigkeit der Bemerkung, daß aus dem Zusammenstimmen mehrerer, oder des gröstentheils der Monumente des Teutschen Privatrechts (denn nicht blos Statuten und allgemeine Reichsgeseze reichen zur Aufstellung der Grundsäze aller Materien des Teutschen Privatrechts zu!) keine allgemein nothwendige Beobachtung desselben folge, wird bey sorgfältiger Prüfung der entgegengesezten Behauptung ein jeder zugestehen. Auch das wird er anerkennen, daß aus der wirklich erwiesenen Uebereinstimmung des grössern Theils der Statu-

ten in Darstellung einer Rechtsmaterie die Vermuthung entstehen könne, diese von den meisten Statuten gebrauchte Vorstellungsart sey die richtige und allgemein, objectiv, wahre. Der Grund zu dieser Vermuthung würde auf der Analogie der statutarischen Verordnungen beruhen, und diese würde durch chronologische Zusammenstellung der ältesten Rechtsmonumente bis zu den neuesten sehr verstärkt werden, wenn sich eine solche Aehnlichkeit in den einzelnen Fortschritten der teutschen Gesezgebungen wahrnehmen liesse. Aber ist dieses wohl das richtige Bild der teutschen Gesezgebung? Widerspricht es nicht ganz den entschiedensten Erfahrungen? Was enthält **Polacs** systema juris Germanici antiqui für allgemeine Resultate über die gemeinschaftliche Fortschritte der verschiedenen altteutschen Geseze x). Ueberall zeigt sich nichts als loka-

x) S. meine Diss. de methodo Juris privati Germanici, Tübringen, 1786. §. 14. sqq.

lokale Verschiedenheit, ungleichförmige Fortschritte der gesezlichen Verfassung, die sich

---

Diese Verschiedenheit der Rechtsverfassung einzelner Völker und Provinzen durch alle Zeiten der teutschen Gesezgebung ist zu auffallend, als daß man eine solche Uebereinstimmung behaupten könnte. Ich hebe nur einige Züge von dem, was ich in der angef. Dissert. sorgfältig zu beweisen mich bemüht habe, aus. Eine der wichtigsten, weit umfassendsten Lehren des teutschen Rechts, die Erbfolge, erhielt schon in den verschiedenen älteren Gesezen ganz verschiedene Bestimmungen. Nach dem Lex Salica Tit. 62. n. VI. (bey Georgisch im Corp. juris Germ. antiqui, Hal. 1738. 4. p. 123.) fällt die terra Salica, die zuverlässig wenigstens einer der wichtigsten Theile des Allodiums der alten Franken war, auf den Mannsstamm, mit Ausschliessung des weiblichen: de terra Salica in mulierem nulla portio hereditatis transit, sed hoc virilis sexus acquirit, hoc est, filii in ipsa hereditate succedunt. Der Lex Ripuariorum Tit. 56. n. IV. (bey Georgisch

sich von Periode zu Periode im Ganzen genommen in gewissen allgemeinen Resultaten

gisch p. 137.) schliest die weibliche Erbfolge in der terra aviatica bestimmt nur so lange aus, als Mannsstamm vorhanden: sed cum virilis Sexus extiterit, femina in hereditatem aviaticam non succedat. Der Lex Anglionum & Werinorum Tit. 6. n. I. & VIII. (ibid. p. 448.) schliest die Weiber bis auf die fünfte Generation von der Erbfolge aus: usque ad quintam generationem paterna generatio succedat, post quintam autem filia ex toto, sive de patris sive de matris parte, in hereditatem succedat. Das Alemannische Gesez Tit. 57. (ibid. p. 220.) zieht in der väterlichen Erbfolge nur die Brüder den Schwestern vor: si *duæ sorores absque fratre* relictæ post mortem patris fuerint, ad ipsas paterna hereditas pertingat. Auch der Lex Bajuvariorum cap. 9. n. III. & IV. (ibid. p. 309.) schliest das weibliche Geschlecht nicht unbedingt von der Erbfolge aus: si maritus, qui nec filios nec filias, nec nepotes nec pronepotes, nec ullum de pro-

 pin-

ten nicht so darstellen lassen, wie die stufenweise Bildung Einer Römischen Gesezgebung

---

pinquis habet, sed in uxorem aut donatione, aut testamento, sive partem, sive omnes contulerit facultates, & hæc deinceps in viduitate persistit, & memoriam mariti cum pudicitia castitatis observat, omnia quæ a marito ei sunt donata possideat, & ea, in quem voluerit, pro jure suo transfundat. Quodsi maritus & mulier sine herede mortui fuerint, & nullus usque ad septimum gradum de propinquis & quibuscunque parentibus invenitur, tunc illas res fiscus acquirat. Der alte Lex Saxonica T. 7. (nach **Gärtners** Ausgabe, Leipz. 1730. 4. p. 67. 77.) bestimmt die Erbfolge folgendermassen: n. I. pater aut mater defuncti, filio non filiæ, hereditatem relinquit. n. VIII. Qui filiam ac filium habuerit, & filius uxore ducta, & filium genuerit, & mortuus fuerit, hæreditas patris ad filium filii, id est, nepotem, non ad filiam pertineat. Wenn wir nun alle diese Stellen vergleichen, so ist keine einzige der andern gleich, höchstens in

bung und ihrer Entwicklung zu einem vollständigen Rechtssystem. Bey einer solchen Be-

in dem ganz allgemeinen Saz stimmen sie zusammen, daß alle altteutsche Geseze einen gewissen Vorzug des Mannsstamms vor dem weiblichen in Absicht auf die Erbfolge annehmen. Aber dieses allgemeine Resultat ist offenbar so wenig bestimmt, daß es unmöglich ist, es im Ganzen als einen festen Standpunct anzunehmen, von dem wir im Verfolg der teutschen Erbfolgsgeschichte ausgehen könnten. Noch eine andere höchstwichtige Verschiedenheit in Absicht auf die Arten der Erbfolge zeigt sich in den ältern teutschen Rechtsmonumenten. Der Lex Bajuvariorum benennt die testamentarische Erbfolge in der angef. Stelle ausdrücklich, und zwar Testament im Gegensaz gegen eine Schenkung. In den Fränkischen Capitularien, in den Formeln **Marculfs** und in den Urkunden des südlichen Teutschlands erscheint dieselbe ganz deutlich. Auch zugegeben, daß testamentum in der alten Urkundensprache nicht blos einen lezten Willen, sondern öfters eine

Beschaffenheit des teutschen Privatrechts, das durch alle seine Zeitalter auf eine Menge in-

eine Traditions- oder Schenkungsurkunde oder jeden andern zur Gewisheit eines vorgegangenen Rechtsgeschäfts verfertigten Aufsaz bezeichnen, so bleibt doch kein Zweifel, daß in allen den Gegenden Teutschlands, wo Römisches Recht früher bekannt war, testamentarische Succession eingeführt wurde. (Nouveau Traité de Diplomatique T. I. p. 395. T. V.) Dieser Einfluß des Römischen Rechts zeigt sich auch an dem Beyspiel anderer Völker, wovon SELDENUS ad Fleetam sehr viele Beweise gesammelt hat. Das nemliche behauptet von den Angelsachsen in England Ge. HICKESIUS in thesauro veterum linguarum septentrionalium Lib. I. in Diss. epist. de Litteraturæ septentrionalis utilitate &c. p. 56. Bey den Sachsen in Teutschland, wo sehr lange keine Spuhr von Römischem Recht zu finden ist, erhielt sich im Gegentheil ganz altteutsche Erbfolge, ohne alle Testamente, so daß nach den Worten der Legis Saxonicæ antiquæ Tit. 15. §. 2: nulli lice-

individueller abgesonderter Bestimmungen einzelner provinzial= oder lokalen Geseze und Ge=

liceat traditionem hereditatis suæ facere, præter ad Ecclesiam vel Regi, ut heredem suum exheredem faciat, und noch nach dem Zeugnis des Sachsenspiegels keine Testamente bey ihnen gebräuchlich waren. Dis war eine der grossen Verschiedenheiten des Sachsenrechts von dem Schwabenrecht, wovon der Sachsenspiegel selbst im I. Buch Art. 19. (nach Gärtners Ausgabe, Leipz. 1732. fol. p. 55.) sagt, daß Schwabenrecht vom Sachsenrecht im Erbe nehmen abgehe, denn in den Ländern Schwäbischen und Fränkischen Rechts galten längst die Testamente. Ein anderes wichtiges Beyspiel von Verschiedenheit der Rechtsinstitute sogar unter den Völkern, die nach dem alten Lex Saxonica lebten, wovon dieses Gesez selbst Erwähnung thut, S. in der Gärtnerischen Ausgabe desselben p. 85. ff. sehr schön auseinander gesezt. Von der mannigfaltigen lokalen Verschiedenheit der ältern Rechtsverfassung Teutschlands sind die bisher vorgelegten

 Be=

Gewohnheiten beruhte, ist keine Uebereinstimmung auch nur der meisten Statuten oder

---

Beweise, wie ich glaube, hinreichend. Und wer erinnert sich von den folgenden Zeiten nicht der Menge von verschiedenen, an verschiedenen Orten oder Provinzen im Mittelalter einzeln und allmählig entstandenen Successionsarten und besonderen Bestimmungen der Erbfolge, der Fall- und Theilrechtlichen Succession, hier des Verfangenschaftsrechts, und der dadurch veranlasten Entstehung der Einkindschaft, der Succession nach Primogenitur, Majorat, der verschiedenen Bestimmungen der Erbfolge unter Eheleuten der allgemeinen an einem und besondern Gütergemeinschaft am andern Ort, der hie und da entstandenen statutarischen Portion, der nach und nach eingeschlichenen succeſſio juris communis, und der der Regel nach, ausgenommen bey männlichen Stammsgütern, ganz eingetretenen Gleichstellung der männlichen und weiblichen Erbfolge nach der Verwandtschaft des Bluts? Wer alles dieses bedenkt, wie succeſſiv diese Ideen an einzelnen

oder andern Quellen möglich, folglich sind auch die Data nicht vorhanden, die zu einer

---

nen Orten und nach und nach entstanden sind, wie verschieden und einander entgegengesezt in einzelnen Provinzen manche Rechtsinstitute entstunden, wie in den Städten bey veränderter Vermögens- und Privatverfassung frühzeitig anderes Erbfolgerecht entstehen muste, als auf dem Lande, wo Landeigenthum das hauptsächliche Vermögen ausmachte, der wird die Unmöglichkeit einer solchen blos chronologischen Darstellung der einzelnen, höchstmannigfaltig verschiedenen, nie im Ganzen geschehenen Fortschritte der teutschen Erbfolge, und eben so der andern teutschen Rechtsinstitute bekennen müssen. Man verzeyhe mir diese Digression; sie wird unten bey der Bestimmung der Bearbeitungsgrundsäze von nicht geringem Nuzen seyn, und beweist, was ich hier schon nothwendig glaubte, so viel, daß die Idee von einer solchen schönen Uebereinstimmung der teutschen Rechtsmonumente durch alle Zeitalter desselben unrichtig und willkührlich

einer analogischen Schlußfolge von der allgemein oder größtentheils gleichförmigen Beschaffenheit dieser positiven partikulargesezlichen Bestimmungen auf die allgemeine, objective, Wahrheit derselben leiten könnten. Denn wenn Analogie auch in Anwendung auf Jurisprudenz nichts anders als logisches Hülfsmittel zur Wahrnehmung der Aehnlichkeit ausdrücklich im Gesez entschiedener Fälle mit unausgedrückten ist, wenn also ihre ganze Verrichtung in Auffindung ähnlicher Verhältnisse besteht, so ist offenbar bey dem teutschen Privatrecht, 1) bey so vielen auffallenden Verschiedenheiten der Statuten untereinander nicht einmal der Vordersaz von jener wenigstens größtentheils sich äussernden Uebereinstimmung erwiesen, woraus die Vermuthung für die objective Allgemeinheit solcher auf gleiche Weise in vielen Statuten bestimmten Rechts-

lich angenommen seye, daß folglich die darauf gerichteten Grundsäze der Bearbeitung des teutschen Privatrechts auf einer falschen Prämisse beruhen!

Rechtssäze hergeleitet werden könnte; 2) würde selbst unter jener Voraussezung die daraus entstehende Vermuthung noch nicht so geartet seyn, daß eine richtige Analogie darauf gebaut werden könnte, da selbst aus der grösseren Uebereinstimmung der Statuten die objective Wahrheit der darinn aufgestellten Prinzipien so lange nicht folgen kann, als möglicher Weise die wenigere Statuten die richtigeren Grundsäze enthalten können. Ebendeswegen ist 3) selbst der Fall ganz verschieden, die positive Entscheidung eines Gesezes aus dem allgemeinen Grund desselben auf alle, mit dem entschiedenen ähnliche, Fälle auszudehnen, und von der Entscheidung der grössern Anzahl verschiedener Partikulargeseze auf die allgemeine innere Wahrheit der dabey gebrauchten Grundsäze zu schliessen y). Und ein-

y) Die Lehre von der Analogie des Rechts hat mit philosophischem Scharfsinn vortreflich auseinandergesezt. Jo. Ge. KULPIS de analogia juris, in volum. Differt. acade-

einmal, wenn diese Analogie nur auf Vermuthungen selbst in ihren Vordersäzen gegründet ist, wie das von dem, quod a potiori fit, hergeleitete Prinzipium nichts anders als Anlas zu einer immer noch zweifelhaften Vermuthung seyn kann, die bey jeder Materie, wo jene grössere Uebereinstimmung auch wirklich vorhanden seyn sollte, noch einer näheren Untersuchung bedarf, so ist zuverläßig auch dadurch die Schwierigkeit in richtiger Festsezung eines ersten Prinzipiums des Teutschen Privatrechts noch nicht gehoben.

§. 40.

Entweder ist demnach mit dieser sogenannten Analogie des Teutschen Privatrechts für die Festsezung eines bestimmten für alle Theile desselben schicklichen Begrifs der Teutschen Privatrechtswissenschaft z) noch

demicar. cum præf. SCHILTERI. Argent. 1705. 4. p. 1022. sqq.

z) Daß der Unterschied zwischen Teutschem Pri-

noch nichts positives geleistet; (denn offenbar hat derjenige, welcher sein Teutsches Privatrecht wissenschaftlich bearbeiten will, noch kein bestimmtes Prinzipium, woran er sich halten könnte, um die Allgemeinheit seiner Grundsäze auch nur mit einiger Evidenz

Privatrecht im wissenschaftlichen und blos politischen Sinn sehr gegründet seye, lehrt die Natur der Sache. Wenn wir Teutsches Privatrecht als blossen Innbegrif aller möglichen allgemeinen und besondern gesezlichen Teutschen Verordnungen und Gewohnheiten annehmen, so folgt aus dieser Vorstellungsart noch lange nicht, daß es ein wissenschaftliches System allgemeiner der Teutschen Rechtsverfassung angemessener Grundsäze des Teutschen Privatrechts nur — geben könne. Es mus augenscheinlich eine vielfache Verarbeitung jenes Stoffs vorangehen, wenn eine solche allgemeine Rechtstheorie aus demselben abstrahirt werden soll. Die Grundsäze sind ohne die wissenschaftliche Bearbeitung noch nicht im Reinen, es ist also nicht blos um scientivische Anordnung sondern um Feststellung derselben zu thun.

denz darthun zu können!) oder der Begrif dieser Analogie des Teutschen Privatrechts mus andere Bestimmungen haben, die ihn in Beziehung auf dieses bestimmte Object von jener Analogie des Rechts, wie sie eigentlich genommen wird, wesentlich unterscheiden, und zugleich den Leitfaden enthalten, wodurch die wissenschaftliche Bearbeitung desselben ihre Richtung erhalten kann.

§. 41.

Diese erwähnte Analogie des Teutschen Privatrechts soll die allgemeine Beschaffenheit einer jeden Rechtslehre und die Darstellung ihrer objectiv richtigen Grundsäze begreifen, also nicht die blosse Auffindung von Aehnlichkeiten gesezlich bestimmter Fälle mit ungenannten, vermittelst Ausdehnung des allgemeinen bey einer positiven gesezlichen Entscheidung befolgten Grundes auf ähnliche in dem Gesez nicht ausgedrückte Verhältnisse. Dieser eigentliche Begrif von Rechtsanalogie past demnach hieher nicht, wo es nicht um Ableitung weiterer Folgerun-

rungen aus unbezweifelten Vorschriften Eines Gesezes, sondern um Aufstellung allgemeiner Wahrheiten des Teutschen Privatrechts zu thun ist, aus welchen, wann sie ex hypothesi als richtig erwiesen sind, erst weitere analogische Schlüsse zur allgemeineren Anwendung und Erweiterung dieser ersten Säze hergeleitet werden können. Dieses alles folgt, wie mir däucht, unmittelbar aus dem bisher aus einander gesezten Begrif der Rechtsanalogie, wenn wir denselben mit der Operation zusammen halten, deren Nothwendigkeit zur Darstellung allgemein richtiger Grundsäze des Teutschen Privatrechts schon aus dem angegebenen einzigen Grundsaz, daß von vielen besondern statutarischen Verordnungen auf die innere Wahrheit solcher vorgeschriebenen Säze an sich zu schliessen sey, hinlänglich erhellet.

§. 42.

Wenn nun also die oben angegebene Analogie des Teutschen Privatrechts mehr

ein willkührlich gewählter Name für die Verrichtung ist, wodurch jene allgemeinen Grundsäze des Teutschen Rechts festzusezen sind, so dörfen wir die nähere Bestimmungen derselben von dem gewöhnlichen Begrif der Rechtsanalogie nicht ableiten. Es bleibt nichts übrig als einen Grundsaz fest zu sezen, der die Geseze dieser Operation am richtigsten nach der Beschaffenheit des Gegenstandes bestimmt; aus diesem werden alsdann die Begriffe von dieser sogenannten Analogie des Teutschen Privatrechts, und was ein analogisches Teutsches Privatrecht sey, am natürlichsten abzuleiten seyn. Es ist um Aufstellung allgemeiner Grundsäze einer jeden Teutschen Rechtsmaterie zu thun, die nicht aus zufälligen besondern Bestimmungen einzelner Statuten, sondern aus der Natur eines jeden Instituts fliessen. Wie kommen wir nun aber zu dieser objectiven allgemeinen Kenntnis einer jeden solchen Rechtslehre? a priori läst sich bey einer positiven Wissenschaft, deren Kenntnis auf facta gegründet seyn mus, die Natur der ein-

einzelnen Teutschen Rechtsinstitute nicht festsezen, sondern allein aus der Vergleichung der positiven Erkenntnisquellen, auf welche uns die historische Kenntnis des Teutschen Rechts bis auf die neuesten Zeiten desselben hinweist. Hier ist es nicht blos um Bemerkung einer etwa auch häufigeren Uebereinstimmung der mehreren Statuten zu thun, denn daraus folgt noch lange nicht die objective Wahrheit einer mehrmalen auf gleiche Weise, aus verschiedenen individuellen Ursachen, in den verschiedenen Partikulargesezen, gebrauchten Vorstellungsart. Diese Analogie des Teutschen Privatrechts mus uns lehren, die Natur eines jeden Rechtsinstituts so zu untersuchen, daß wir die ursprüngliche Beschaffenheit desselben in seiner einfachen Gestalt, seine Fortschritte im Ganzen nach Absonderung aller der partikulären Bestimmungen kennen lernen, welche dasselbe in den verschiedenen Teutschen Rechtsmonumenten erhalten hat, die sodann aus dem Zusammenhang solcher Partikulargeseze, aus der eigenthümlichen Absicht eines

Familiengesezes, oder aus den besondern Veranlassungen einer partikularen Rechtsgewohnheit zu erklären sind. Allein durch eine solche Absonderung der einzelnen, aus solchen besonderen Ursachen hinzugekommenen Determinationen kann die Schlußfolge gegründet werden, daß die in einzelnen Monumenten aufgestellte Grundsäze, welche aus keinen solchen Nebenveranlassungen festgesezt wurden, aus allgemeinen, von der Natur eines Instituts abgeleiteten, gemeinschaftlich zum Grund gelegten Begriffen geflossen seyen. Nur auf diese Art können wir aus der vollständig vorgelegten Geschichte einer Rechtslehre selbst gewisse in den Hauptbegriffen eines ursprünglich ebendesselben Instituts entstandene Verschiedenheiten erklären, und bey den verschiedenen Formen, welche wir an einem Institut besonders in neueren Monumenten wahrnehmen, unterscheiden, ob bey gewissen zu entdeckenden gemeinschaftlichen Verschiedenheiten mehrerer Statuten von einander in Bestimmung eines Instituts diese Abwei-

chungen blos aus individuellen, zufälligen, Ursachen herrühren, oder ob sie Resultate gewisser der ursprünglichen Notion bengesellten, nunmehro zum Grund gelegten Hauptideen seyen, wodurch verschiedene besondere Abstammungen eines und ebendesselben Instituts mit ihren eigenthümlichen, aus ihrer nunmehro so oder anders gemeinschaftlich bestimmten Notion herzuleitenden Grundsäzen entstanden seyn können.

§. 43.

Es mus offenbar kein geringer Vortheil seyn, durch eine solche Sichtung des allgemein Wahren von dem Individuellen die objectiven Begriffe und Grundsäze einer Rechtslehre festsezen zu können, und wiederum die specielle Verschiedenheiten, welche wir bey der Bestimmung des ursprünglich nemlichen Instituts in den Statuten und Rechtsmonumenten bemerken, gewisse gemeinschaftlich zum Grunde liegende Hauptideen wahrzunehmen, welche in die ursprüngliche Notion des Instituts wesentlich ver-

flochten sind, und dieselbe entweder zu einer besondern Gattung jenes allgemeinsten ersten Begrifs, oder durch allzu sehr in das Wesentliche eindringende Modifikationen zu einem eigenthümlich für sich bestehenden Institut erhoben haben. Im erstern Fall wird die besondere bey der species zum Grunde liegende Idee nach vorhergegangener Festsezung des generellen ursprünglichen Begrifs genauer bestimmt werden, im leztern Fall aber können wenigstens die nöthigen Hülfsbegriffe aus der ursprünglich verwandten Rechtslehre zu Erläuterung des neuentstandenen eigenthümlichen Instituts entlehnt werden. Eine solche Analogie des Teutschen Privatrechts würde, wenn es je möglich ist, am meisten vermögend seyn, den Erfordernissen der genauen wissenschaftlichen Bearbeitung einer allgemeinen objectiven Theorie des Teutschen Privatrechts zu entsprechen!

§. 44.

Diese Bemerkungen über die Erfordernisse

nisse der Bearbeitung einer Theorie des Teutschen Privatrechts gründen sich auf allgemeine logische Wahrheiten, und auf die daraus zu bestimmende Grundsäze der historischen Untersuchung. Es wird wohl niemand läugnen, daß auch in historischen Untersuchungen der nicht seltene logische Fehler vom Einzelnen auf das Ganze zu schliessen sorgfältigst zu vermeiden seye, und vor diesem sichert wenigstens die so eben erwähnte Prüfung jedes einzelnen Beweises am meisten. Allein selbst durch die Betrachtung der ganzen Beschaffenheit des Teutschen Privatrechts wird nicht nur die Anwendbarkeit, sondern sogar die Nothwendigkeit dieser Untersuchungsart nothwendig. Historische Bearbeitung ist schon aus diesem Grunde unentbehrlich, weil die neueren Statuten und Familiengeseze so beschaffen sind, daß keines derselben zur vollständig richtigen Kenntnis einer Rechtslehre hinreichend ist, weil keine Gränze gezogen werden kann, wo die Vergleichung angefangen werden soll, und weil alles bey einem so un-

ungleichen, oft so einzeln verschiedenen Gang der Entwicklung, den unser Teutsches Recht von jeher genommen hat, auf Beobachtung dieser Entwicklung im Ganzen und auf vollständige Uebersicht des ganzen historischen Zusammenhangs einer Rechtsmaterie ankommt. Und eben dieser ungleiche, an so verschiedenen Orten, unter so veränderten Umständen so verschieden gewordene Gang der Entwicklung erfordert, wenn gewisse, auf die Natur eines Instituts gegründete, Hauptideen und Grundsäze aus der Beobachtung der einzelnen Monumente abstrahirt werden sollen, eine sorgfältige genaue Sichtung der einzelnen zufälligen Bestimmungen vom wesentlichen, bey der nemlichen Sache doch immer im Allgemeinen zum Grunde liegenden, Begrif.

§. 45.

Nirgends wird diese historisch durchzuführende Absonderung des Besonderen vom Allgemeinen in der Geschichte einer jeden Rechtslehre bey den einzelnen Monumenten

schwerer seyn, als in dem Zeitpunkt, wo das Römische Recht anfängt, sich mit Teutschem zu vermischen. Wer die Verfassung der Rechte in Teutschland kennt, wird einsehen, daß das Römische Recht in sehr mannigfaltigen Beziehungen, die ganz individuell von einander verschieden sind, gegen unser Teutsches Recht stehe. Wenn dieses Verhältnis in Rücksicht auf die Untersuchung und Aufstellung einer allgemeinen Theorie des heutigen Privatrechts bestimmt werden soll, so ist ohne Enumeration aller einzelnen, denkbaren, Fälle, wo dieses Verhältnis eintreten kann, eine Auflösung dieses Problems unmöglich. Wer will alle die Fälle, wo Römisches Recht dem Altteutschen wirklich derogirt hat, wo beyde Rechte in verschiedenen Statuten für Bestimmung gewisser rechtlichen Verhältnisse gebraucht werden, wo Römische und Teutsche Rechtsgrundsäze in einer und ebenderselben Rechtslehre wirklich mit einander vermischt sind, aus dem nemlichen Prinzipium entscheiden? der erste Fall, wo Rö-

misches Recht dem Altteutschen wirklich derogirt hat, wo, um geschichtlich zu sprechen, durch allmählich aufgekommene Anwendung Römischer Rechte altteutsche Rechtsbräuche und Grundsäze in ihrer weiteren Ausbildung vernachläsiget wurden, ist in Beziehung auf die Frage: wie die Aufstellung einer allgemeinen Teutschen Rechtstheorie geschehen müsse? von keiner Erheblichkeit, so wichtig er sonst in andern Beziehungen seyn mag. Ein allgemeines Teutsches Privatrecht soll alle diejenigen Grundsäze des Teutschen Rechts enthalten, deren Anwendung noch jezo in Teutschland vorkommt. Es ist in demselben nicht davon die Frage, wie häufig, oder wie selten nur ein gewisses Rechtsinstitut gebräuchlich sey? sondern wenn es wirklich im Gebrauch ist, welches die allgemeinen, an sich richtigen, Grundsäze desselben seyen? So lange demnach wirkliche Dokumente den Beweis enthalten, daß ein auch selten vorkommendes Rechtsinstitut noch irgendwo im Gebrauch sey, oder daß noch Fälle vorkommen können,

nen, wo die Grundsäze dieses ehmals häufigeren Instituts die Entscheidungsquelle seyn können, so lange gehört die Erörterung desselben in den Umfang einer heutigen Teutschen Rechtstheorie, wenn diese anders ihrem Endzweck, wenigstens die allgemeinen Grundsäze aller heutiges Tags noch vorkommenden Teutschen Rechtsinstitute zu enthalten, entsprechen soll.

§. 46.

Das andere vorhin erwähnte Verhältnis des Teutschen Rechts zum Römischen, wenn nemlich an einem Ort der nemliche Gegenstand durch Römisches, am andern durch Teutsches Recht bestimmt seyn kann, ist sehr gewöhnlich, und der redendste Beweis von der ganz besonderen Verfassung unserer heutigen Jurisprudenz. Es geschieht häufig, daß z. B. in einem Ort allgemeine oder besondere Gütergemeinschaft oder statutarische Portion der Ehleute eingeführt ist; wo jedoch keines dieser drey verschiedenen Institute gilt, da bleibt nichts übrig, als Befolgung der gemeinen, Römischen,

Rech-

Rechte. Hier zeigt sich die völlige Unanwendbarkeit eines allgemein in thesi geltenden Rechts ganz deutlich; alle diese Rechtsinstitute sind teutschen Rechtens, und keines kann neben dem andern zugleich bestehen. Wenn nun in einem Territorium die Erbfolge der Ehleute lediglich nicht bestimmt ist, welches dieser Institute ist das geltende? Alle haben gleiche Ansprache auf allgemeines Ansehen, nur daß statutarische Portion immer schon zu ihrer Existenz eine Bestimmung in concreto voraussezt. Gesezt aber auch, nur allgemeine oder besondere Gütergemeinschaft seyen die beyden möglichen Normen des teutschen Rechts für das Verhältnis der Ehleute in Ansehung ihres Vermögens: welche communio bonorum soll nun, wenn sie in concreto nicht angenommen ist, im Allgemeinen als geltend anzunehmen seyn. So weit können wir jenem Grundsaz der Universalität, wenn wir uns nicht durch Beobachtung des gewöhnlich vorkommenden Verhältnisses solcher Materien des teutschen Rechts, die in verschie-

schiedenen Provinzen wohl nebeneinander bestehen können, überzeugen liessen, daß die blosse Aufstellung der allgemeinen Grundsäze einer jeden Lehre an sich geschehen, aber im Allgemeinen nicht gesagt werden könne, welches dieser einander entgegenstehenden Institute als überall geltend anzunehmen seye, sondern daß die Gültigkeit dieser Institute immer nur hypothetisch seyn müsse. Die Lücke nun, die auf solche Weise in unserer teutschen Rechtsverfassung blieb, daß die Aufnahme solcher Rechtsmaterien nur von positiven Verordnungen einzelner Partikulargeseze oder Gewohnheiten abhieng, konnte anders nicht ausgefüllt werden, wenn keine allgemeine Reichsgesezgebung in's Mittel trat, als durch subsidiarische Rezeption eines gemeinen Rechts. Unter diesen Bestimmungen ist es nun keinem Zweifel unterworfen, was durch die practische Erfahrung täglich bestätiget wird, daß es kein in thesi allgemein geltendes teutsches Recht geben könne, sondern daß alles von der hypothetischen Annahme eines

oder

oder des andern Instituts bey dem Teutschen Recht abhange, und daß alsdann erst in dem Fall, wenn kein Teutsches Rechtsinstitut durch Statut, Gewohnheit oder Privat-Convention zum Grund gelegt worden, Römisches Recht in subsidium gelte. Dieses Verhältnis des Römischen und Teutschen Rechts ist ganz ohne allen Einflus für die Aufstellung einer allgemeinen Teutschen Privatrechtstheorie, die keine Rücksicht auf die Frage nimmt, ob in einem Territorium subsidiarische Verordnung des Römischen Rechts über gewisse Gegenstände des Privatrechts gelte, oder welches von mehreren, möglichen, teutschen Instituten daselbst gelten möchte? Welche blos die Grundsäze aufstellt, die in dem Fall der zwar geschehenen, aber nicht näher bestimmten, Rezeption eines Instituts, oder der blos conventionellen Festsezung eines solchen rechtlichen Verhältnisses ohne vorhandene Abschaffung oder affirmative Bestimmung desselben durch Statut oder Gewohnheit, die Stelle des positiven Rechts vertreten,

oder

oder auch zum Interpretationsmittel wirklicher dunkler Geseze werden können.

§. 47.

Der dritte denkbar mögliche Fall, wo Römisches und Teutsches Recht in näherem Verhältnis zusammen stehen können, ist dieser, wenn eine Vermischung Römischer und Teutscher Rechtsgrundsäze in einer Rechtslehre vorhanden ist. Kein Kenner unserer Teutschen Rechtsverfassung wird die hundertfältige Erfahrung bestreiten können, daß in Gesezen und Praxis Römisches Recht häufig mit Teutschem verbunden seye. Dis ist der erste allgemeine Eindruck, den selbst der Anblick unserer Teutschen Privatrechtsmaterien erregt! Ist es nun aber nicht eine höchstwidrige Vorstellung; der Teutsche soll selbst in den wenigen Ueberresten seines altvaterländischen Rechts, die ihm die Gewalt der fremden Rechte noch übrig lies, nicht einmal nach ächtteutschen Grundsäzen beurtheilt werden? Allgemeine Deklamation oder Empfindlichkeit über die unläugbaren

Ge-

Gebrechen unserer gesezlichen Verfassung hebt die Schwierigkeiten nicht, die aus dieser Vermischung Römischer und Teutscher Grundsäze entstanden sind. Die Sache ist nun einmal so; es fragt sich nur, ist denn alles so höchstunvernünftig, was aus dieser besondern Zusammensezung entspringt? Und wie ist dann dieselbe eigentlich beschaffen? Es lassen sich auch bey diesem Verhältnis nur zween Fälle möglich denken. Entweder ist durch Vermischung Römischer und teutscher Rechtsbegriffe eine neue Rechtslehre entstanden, oder die Einmischung Römischer Rechtsgrundsäze bewirkte blos Modifikationen und Erweiterungen teutscher Rechtsmaterien. Im erstern Fall steht es dem Rechtslehrer nicht einmal frey, wenn er mit historischer Treue sein Rechtsprinzipium aufsuchen will, die nun einmal ursprünglich festgesezte Begriffe und Grundsäze umzuwerfen. Es bleibt ihm nichts übrig, als sorgfältig der ersten Zusammensezung solcher Begriffe nachzuspühren, die allgemeinen Gründe derselben aufzusuchen, und in Hin-

sicht

sicht auf diese die ganze weitern Entwicklung und Ausbildung einer Lehre zu verfolgen. Verwerfen kann er einmal weder die Römischen, noch die ursprünglich Teutschen Bestandtheile des festgesezten Begrifs, wenn er nicht diesen selbst, und die ganze Praxis des Instituts umstossen will. Der andere Fall, wenn eine Teutsche Rechtslehre blos durch Zumischung Römischer Rechtsgrundsäze modifizirt und erweitert worden, ist wiederum so beschaffen, daß diese Zusäze entweder blos durch Anwendung allgemeiner Rechtswahrheiten, deren das Römische Recht so viele enthält, hinzugekommen, die zur Entwicklung der meistens nur kurz und allgemein angegebenen Rechtssäze nicht als Römisches Recht sondern als natürliche Rechtswahrheiten dienten. Diese von einer Rechtslehre abzusondern, ist schon an sich unmöglich, denn wo soll man im Einzelnen richtig bestimmen können: was ist bey einer so gebildeten Teutschen Rechtslehre Römisches Recht und was ist blos natürliche Entwicklung der ersten Begriffe? Ist aber

diese Zumischung Römischer Rechtsgrundsäze durch analogische Anwendung ähnlicher oder ähnlich scheinender Materien des Römischen Rechts auf Teutsche Rechtsinstitute geschehen, so ist nicht gerade durchgängige Aehnlichkeit solcher Rechtsinstitute nothwendig, wenn nur der zu entscheidende Fall im Teutschen Recht auf dem nemlichen, aus dem Römischen Recht hergeleiteten allgemeinen Grund beruht, der bey dem eigentlichen Punct der Vergleichung zum Grunde liegt. So ist z. B. eine grosse Verschiedenheit in der Römischen Lehre vom Fideicommiss und in der Teutschen von Familienfideicommissen, und doch treffen sie in gewissen Puncten zusammen, wo die im Römischen Recht gebrauchten allgemeinen Gründe eine analogische Anwendung auch bey einzelnen Fragen der Teutschen Rechtslehre von Familienfideicommissen finden können. Weiter aber, als die allgemeinen logischen Geseze der Analogie es erlauben, können auch hier der Natur der Sache noch keine Anwendungen fremder Rechts-grundsäze Statt finden.

§. 48.

§. 48.

Die bisherige Erörterung der einzelnen Fälle, wo das verwickelte Verhältnis des Römischen und Teutschen Rechts sich äussern kann, dient wenigstens, wie ich glaube, zum Beweis, daß auch der Einflus des Römischen Rechts die Brauchbarkeit des angegebenen Prinzipiums der Bearbeitung einer allgemeinen Teutschen Privatrechtstheorie nicht vermindere. Die beyden ersten Fälle, wo Römisches Recht die Altteutschen Rechte verdrängt hat, und wo Teutsches Recht an einem, und am andern Ort etwa Römisches Recht in Absicht auf die nemlichen Gegenstände angewandt wird, tragen nichts zur Entscheidung der Frage bey: wie ist diese allgemeine Theorie des Teutschen Privatrechts festzusezen? Im dritten Fall, wann nemlich Römische und Teutsche Rechtsgrundsäze miteinander vermischt sind, tritt bey der nothwendigen historischen Bearbeitung der einzelnen Institute seit der Zeit jener Einmischung fremder Rechte die nemliche Art der historischen Untersuchung, wie

bey der vorhergehenden Geschichte derselben, ein: welche Begriffe wurden aus dem fremden und einheimischen Recht als wesentliche Bestandtheile zur Festsezung und Bildung einer Rechtslehre gebraucht. Und welches sind die aus einer, auf eine solche Weise gebildeten, Notion im Allgemeinen nach der Gränze jener ursprünglichen Zusammensezung herzuleitende Folgen? Oder aber wie weit gieng die richtige oder unrichtige analogische Anwendung auf Teutsche Rechtsmaterien?

§. 49.

Erst nach einer genauen Erörterung aller der Fälle, wodurch die Aufstellung einer allgemeinen Theorie des Teutschen Privatrechts nothwendig gemacht wird, nach historischer Darstellung der Gründe für die verschiedene Meinungen: was für ein Teutsches Privatrecht es gebe? liesse sich die Frage entscheidend beantworten, daß nur eine allgemeine Theorie desselben aufgestellt werden könne, ohne Rücksicht, wie es in

einzelnen Fällen mit der Anwendung einer Rechtsmaterie gehalten werden möchte? daß aber auch diese allgemeine Theorie auf einem ersten Grundsaz beruhen müsse, aus welchem die objective Allgemeinheit der aufzustellenden Prinzipien einer jeden Rechtslehre mit möglichster Evidenz gegründet werden könne. Dis ist der Gegenstand der sogenannten Analogie des Teutschen Privatrechts, welche uns lehrt, die objective heutige Beschaffenheit eines jeden einzelnen Instituts des Teutschen Privatrechts, das durch Teutsche Geseze oder Gewohnheit entstanden ist, aus der ursprünglichen Entstehung und weitern Ausbildung des allgemeinen Begrifs und der Grundsäze desselben, zu bestimmen.

§. 50.

Eine solche Analogie, oder erstes Prinzipium des Teutschen Privatrechts, die uns auf historische Untersuchung der ersten Entstehung des Begrifs eines jeden Teut-

schen Rechtsinstituts und seiner weitern Ausbildung leitet, mit blosser Hinsicht auf dasjenige, was in der Bestimmung desselben nicht aus einzelnen zufälligen Veranlassungen, sondern aus einer gemeinschaftlich, ohne solche Nebenveranlassungen, gewählten Vorstellungsart in den verschiedenen Monumenten zum Grund gelegt worden, mus uns, durch eben diese Absonderung, um so richtiger auf die ächte, an sich wahre, allgemeine Notion eines jeden Instituts führen, je gewisser es ist, daß die Entstehung und positive Bestimmung der Teutschen Rechtsbegriffe immer auf eine factische Weise geschehen ist. Denn es werden wohl wenige so absolute Rechtswahrheiten in dem ganzen Umfang des Teutschen Privatrechts enthalten seyn, deren Entstehung nicht auf gewisse factische Veranlassungen gegründet, und daher auch durch blosse historische Untersuchung zu erklären seyn möchte. Der Innbegrif aller von dem ersten Ursprung bis auf die vollständigere Entwicklung eines jeden heutigen Teutschen

Rechts=

Rechtsinstituts hergeleiteten allgemeinen Begriffe und Grundsäze wird nun wohl am passendsten den Sinn der, einer solchen Teutschen Privatrechtstheorie gegebenen, Benennung: analogisches Teutsches Privatrecht ausdrücken, welches, wie schon öfters erinnert worden, keine Rücksicht auf Anwendung in einzelnen Fällen nimmt, sondern als eine blos wissenschaftlich bearbeitete Rechtstheorie schicklich gemacht ist, zum Hülfsmittel der Interpretation dunkler Geseze, oder da, wo keine Interpretation angewandt werden kann, und doch Entscheidungen aus allgemeinen Teutschen Rechtsgrundsäzen nothwendig sind, an der Stelle des positiven Rechts gebraucht, oder in so ferne es einzelne Verordnungen allgemeiner Reichsgeseze im objectiven allgemeinen Zusammenhang vorgetragen enthielte, als wirklich positives Recht angewandt zu werden a).

§. 51.

a) Bey den in's System der Theorie einzuschiebenden Säzen allgemeiner Reichsge-

 seze

§. 51.

Freylich bleibt dieses analogische Teutsche Privatrecht immer nur eine wissenschaftlich bearbeitete und geordnete Sammlung

---

seze sind zwey Fälle denkbar. Entweder ist eine solche Verordnung auch objectiv allgemein, d. h. sie fliest aus der Natur der Rechtslehre, welche dadurch bestimmt werden sollte, oder sie weicht von dem übrigen analogischen Zusammenhang einer Rechtslehre ab. Im erstern Fall ist nichts leichter, als einen solchen Saz in Verbindung mit der allgemeinen Theorie zu stellen; im leztern Fall bleibt nichts übrig, als die Reichsgesezliche Vorschrift, und die Gründe ihrer Abweichung von der allgemeinen analogischen Theorie anzuzeigen, und dennoch den übrigen analogischen Zusammenhang derselben aus einander zu sezen. Eine solche Theorie ist zur Interpretation derjenigen Teutschen Partikulargeseze nothwendig, welche von der Vorschrift der allgemeinen Reichsgeseze abweichen, und die objectiv allgemeine Grundsäze einer Rechtslehre dunkel und unvollständig aufstellen.

lung mehrerer Rechtssäze Teutschen Ursprungs, ohne je zu der Würde eines vollständigen Rechtssystems erhoben werden zu können. Doch trift dieser gerechte Vorwurf mehr die innere Einrichtung unserer ganzen Teutschen Rechtsverfassung, vermöge welcher nun einmal unser ganzes Privatrecht aus so verschiedenen Gesezgebungen zusammengesezt ist. Nothwendig bleibt immer, sollt's auch nur für ein paar wichtige Rechtsmaterien seyn, und deren hat doch wohl das Teutsche Privatrecht mehrere! richtige Bearbeitung derselben, nach dem eigenthümlichen Character unserer Teutschen Rechtsmaterien bestimmt, deren Erläuterung aus keinem der fremden Rechtssysteme, sondern allein durch Untersuchung ihrer eigenthümlichen Gründe geschehen kann. Wie nun aber die Bearbeitung der einzelnen Rechtsmaterien nach dem angegebenen Gesichtspunct vorzunehmen seye, welche nähere Bestimmungen dieser Bearbeitungsmethode aus jenem festgesezten Begrif der Analogie des Teutschen Privatrechts in Anwen-

wendung auf die einzelnen Gegenstände der Untersuchung fliessen, wie insbesondere auch bey der Bearbeitung der einzelnen Materien der Wehrt der verschiedenen Monumente, woraus die Kenntnis derselben zu schöpfen ist, zu beurtheilen seye? Die Untersuchung dieser Fragen, verbunden mit der kurzen Probe einer solchen Bearbeitung einzelner Materien, wird der Gegenstand der folgenden Abhandlung seyn.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Tafinger, Wilhelm Gottlieb, 1760-1813

D. Wilh. Gottl. Tafinger, ausserordentlicher Lehrer der Rechte zu Tübingen
Ueber die Bestimmung des Begrifs der Analogie des Teutschen Privatrechts
und der Grundsäze, dasselbe zu bearbeiten
Bd.: Erster Theil.

Ulm 1787

J.germ. 202-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10552811-9
VD18 90576535